3 1761 05505831 7

JX
1308
F58
1904
c.1
ROBARTS

4 0 I
30/10

LES FONDATEURS

DU

DROIT INTERNATIONAL

LES FONDATEURS

DU

DROIT INTERNATIONAL

F. de Vitoria — A. Gentilis — F. Suarez
Grotius — Zouch — Pufendorf — Bynkershoek
Wolf — Wattel — de Martens

LEURS ŒUVRES — LEURS DOCTRINES

F. de Vitoria,	par	J. Barthélemy
A. Gentilis	—	H. Nézard
F. Suarez	—	L. Rolland
Grotius	—	J. Basdevant
Zouch	—	G. Scelle
Pufendorf	—	P. Avril
Bynkershoek	—	J. Delpech
Wolf	—	L. Olive
Wattel	—	A. Mallarmé
de Martens	—	H. Bailby

AVEC UNE INTRODUCTION DE

A. PILLET
Professeur d'Histoire des Traités à la Faculté de droit
de l'Université de Paris

210887
31. 3. 27

PARIS (5e)
V. GIARD & E. BRIÈRE
LIBRAIRES-ÉDITEURS
16, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 12

1904

INTRODUCTION

Rien n'est à mon avis, plus digne de pitié que l'état d'esprit d'un auteur au moment où il écrit sa préface. Partagé entre le désir de faire preuve de cette modestie qu'il sait, par ouï dire au moins, être l'apanage du véritable mérite et la crainte de laisser ignorer au public l'estime qu'il professe pour son œuvre, il n'écrit pas un mot qui ne lui paraisse ou trop fort ou trop faible, il avance et il recule, il hésite, il rature, il recommence, il est en vérité bien malheureux.

Je puis aujourd'hui railler cet auteur infortuné, n'étant pour rien dans le livre que je viens présenter aux suffrages du public savant. Il me serait agréable, à la vérité, de conter comment, très frappé de l'insuffisance de la littérature juridique en matière d'histoire du droit des gens, j'aurais engagé nos candidats à l'agrégation de droit public à réunir leurs forces et à combler cette lacune. Ce début n'aurait qu'un défaut, il serait totalement inexact. L'idée première de ce travail ne vient pas de moi mais de l'un de nos jeunes docteurs, de M. Delpech, actuel-

lement chargé de cours à la faculté de droit d'Aix en Provence. Je n'ai, du reste, participé en rien à son accomplissement, me bornant à me tenir au courant des progrès de ces confédérés d'un nouveau genre, me permettant parfois de modérer leur zèle quand je jugeai qu'il paraîtrait excessif à notre excellent éditeur.

Ma part dans l'œuvre commune est donc exactement égale à zéro et, si je puis le regretter à d'autres points de vue, je m'en réjouis pour la liberté que cette circonstance me procure en ce moment.

Que la rédaction d'un livre sur l'histoire du droit des gens fût opportune et que l'on doive savoir gré à nos jeunes docteurs de l'avoir entreprise, je crois la chose hors de doute. Les développements consacrés à ce sujet dans les ouvrages même les plus considérables sont souvent obscurs et toujours insuffisants : quant aux monographies, elles ne sont point en nombre assez considérable pour nous donner un aperçu satisfaisant de ce côté de la science historique. On ne connaît pas l'histoire de notre science et l'on paraît ne pas se soucier de la connaître. Rien de plus injuste que cette indifférence. Nos anciens auteurs abondent en idées ingénieuses et instructives : ils ont maintes fois soumis à un scrupuleux examen les questions qui nous agitent et nous passionnent encore aujourd'hui ; il n'est personne qui ne puisse tirer profit de leur commerce, personne qui ne devienne, grâce à leur assistance, plus certain dans ses efforts vers la vérité.

Je ne parle pas ici de nos étudiants. Nos aspirants

à la licence connaissent le nom de Grotius et rien de plus. Encore hésitera-t-on à les blâmer, si l'on songe à la masse énorme de connaissances qu'on les contraint à emmagasiner pendant la courte durée de trois années d'études! Mais il n'est pas rare de trouver chez des esprits plus mûrs une indifférence presque aussi grande. On croit connaître le droit des gens quand on se tient au courant des idées reçues à notre époque et l'on cède facilement à cette idée que notre siècle seul a introduit la lumière dans ce domaine. Pour entretenir commodément cette illusion il faut fermer les yeux avec résolution et tenir pour le dernier mot de la sciene l'affirmation de quelque ignorant barbouilleur de papier. La vérité nous oblige à plus de modestie. Le droit des gens en tant que doctrine scientifique n'est pas un fruit dû au progrès de notre époque, pas davantage un produit de la Révolution française ou de la réforme religieuse du XVIe siècle, le droit des gens est beaucoup plus ancien que tout cela, et s'il est impossible, malgré Grotius, de le faire remonter jusqu'aux Grecs et aux Romains, il faut au moins, si l'on est juste, en repousser l'origine jusqu'aux temps les plus reculés du Moyen Age. Comme tant d'autres, j'ai été dupe des opinions courantes et il a fallu qu'une circonstance fortuite m'obligeât à me plonger dans une certain nombre d'in-folios théologiques pour voir se dissiper mon erreur. Quel ne fut pas mon étonnement lorsque je reconnus sous la plume de ces canonistes que l'on ignore à peu près complètement et que Grotius lui-même sacrifiait bien légèrement à la

gloire d'historiens, de philosophes et de poètes étrangers à notre science, les idées les plus fines et les plus profondes sur les droits réciproques des Etats, sur la guerre, sur les rapports des civilisés et des barbares. Le droit des gens par le progrès du temps a embrassé des questions nouvelles et suscité des difficultés qu'à l'origine on ne soupçonnait pas ; au point de vue des idées, je ne vois pas qu'il se soit beaucoup enrichi et que la science qui se dispense dans nos universités dispose d'un matériel sensiblement plus abondant que celle qui se cachait, il y a quatre ou cinq cents ans, sous les arceaux des cloîtres.

Un ouvrage ayant pour objet d'embrasser dans un espace limité les doctrines des principaux jurisconsultes anciens ne pouvait accueillir qu'un simple reflet des doctrines canonistes : elles sont représentées dans ce livre par les noms célèbres de Victoria et Suarez, les derniers pères de cette église, en même temps que Gentilis sert de champion à la science laïque de la même époque.

Grotius devait à la situation exceptionnelle qu'il occupe dans l'histoire du droit des gens d'être l'objet d'une étude approfondie ; on ne s'étonnera pas de voir une part considérable de ce volume consacrée à l'analyse de ses travaux. Pour beaucoup Grotius est le véritable fondateur de notre science. Je ne crois pas qu'un esprit impartial puisse accepter cette affirmation. Le droit des gens existait avant Grotius et et les successeurs de ce grand homme ont fait plus que de continuer son œuvre. Ce qui est incontes-

table, c'est que son nom doit être honoré comme celui du plus illustre représentant que cette science ait jamais eu, de l'un des esprits les plus vastes, de l'érudit le plus étonnant peut-être qui ait existé. Puis, si notre discipline ne lui a pas dû l'existence, elle lui a dû sans aucun doute son entrée dans le monde et la figure honorable qu'elle y a faite depuis. C'est pour Grotius un titre de gloire assez éclatant et pour nous une raison suffisante de ne point ménager au jurisconsulte hollandais notre reconnaissance.

La lecture de l'étude si fouillée qu'a consacrée à Grotius l'un de nos auteurs fera bien connaître sa manière et les causes de sa juste influence. S'il est permis d'y ajouter quelque chose je risquerai volontiers une comparaison. On rirait d'astronomes qui prétendraient prendre leurs observations en plein jour. Il en a été un peu ainsi des internationalistes de notre temps. Ils ont été éblouis par la lumière de cet astre et son éclat les a empêchés d'apercevoir auprès de lui des constellations qui étaient cependant fort considérables.

Il est certain qu'à l'exception de Vattel dont les idées humaines et le style aisé étaient faits pour plaire, on connaît peu et mal les doctrines des contemporains et des successeurs de Grotius. Qui a lu Zouch, cet auteur dont il est d'usage de dire qu'il a inventé l'expression de *jus inter gentes*, et rien ou pas grand chose de plus ? Qui a osé affronter les aspérités de la voie frayée par Bynkershoek ? Qui n'a pas pensé à l'exemple de Leibnitz et de l'humoriste

Topfer que Pufendorf est un pédant à éviter soigneusement ? Je crois en vérité ces auteurs victimes du format de leurs ouvrages. L'on n'a pas coutume de lire dans des livres aussi grands et aussi gros. Le latin n'est plus en honneur et les abréviations si habituelles à nos anciens rebutent maintenant leur postérité.

A ce compte, il est vrai, F. G. de Martens devrait n'avoir rien perdu de son autorité. Je doute cependant que ses deux petits volumes aient beaucoup plus de lecteurs que les ouvrages plus lourds de ses devanciers.

Quelle que soit la cause de cet abandon, il est regrettable. Nos anciens maîtres avaient leurs défauts, mais ils avaient aussi leurs qualités et, si on peut leur reprocher d'avoir porté plus volontiers les yeux sur le passé que sur le présent, on ne leur constestera pas le mérite d'avoir scruté aussi sòigneusement qu'il était possible les rapports sociaux objet de leurs méditations. Aussi leurs ouvrages sont-ils aujourd'hui encore dignes de considération ; aucun jurisconsulte ne les négligera sans un grave péril.

Tenter un parallèle entre la science ancienne et la science moderne serait ici d'une ambition extrême Cette œuvre dépasserait de beaucoup les limites d'une simple introduction : au reste, la lecture de cet ouvrage rendra cette comparaison très facile et il y aurait superfétation à lui vouer une étude séparée. On nous permettra, cependant, d'indiquer certains points choisis parmi ceux qui, dans l'ancien droit, formaient les traits communs de la doctrine et qui ne

paraissent plus jouir de notre temps de la même faveur. Peut-être leur considération fournira-t-elle à quelques observations intéressantes touchant la diversité des deux époques.

Ces points ont trait à la méthode, car c'est bien plus sur la méthode que sur les idées fondamentales qu'éclate la diversité des doctrines. Toutes les idées dont nous nous servons encore pour asseoir les droits des Etats dans leur commerce réciproque étaient connues des anciens et utilisées par eux, mais leur mode de raisonnement n'était point le nôtre. Les procédés dont ils usaient dans leur argumentation étaient naturellement ceux dont la jurisprudence faisait état ; ils sont à l'heure actuelle assez démodés et personne ne demande qu'on leur rende le crédit dont ils ont joui.

Le droit romain a toujours été pour les jurisconsultes une source presqu'inépuisable de décisions. Les internationalistes n'ont pas échappé à la loi commune : s'ils ont moins ouvertement que les civilistes proclamé son autorité, ils se sont conformés avec le même empressement à sa lettre et à son esprit. Qu'il en fut ainsi sur les rares points où la doctrine romaine nous a légué une tradition raisonnable et humaine, comme au sujet de l'inviolabilité de l'ambassadeur ou de la sainteté de la parole engagée à l'ennemi, cela était fort légitime et l'on se trouvait heureux d'abriter des principes aussi sacrés sous une autorité ancienne et incontestable. Mais l'esprit d'imitation alla beaucoup plus loin. Si l'on consulte le fameux plaidoyer de Grotius sur la liberté des mers,

que voit-on, sinon un étalage de doctrine qui aurait pu être déployé aussi bien à l'occasion de quelque procès sur la propriété d'un champ ou d'un moulin : Il s'agit de limites, de possession, de translation de propriété et tout cela à propos de la haute mer que les Romains, plus raisonnables rangeaient, dans les choses communes.

Ceci n'est encore, à tout prendre, qu'un petit ridicule, mais la tradition romaine a eu sur la doctrine ancienne une influence plus funeste. Bon gré mal gré la classification des droits des Etats a dû rentrer dans le cadre donné par les Institutes de Justinien aux droits des particuliers. Grotius, le premier, et après lui tous les autres, distinguent les personnes, les biens, les contrats et les actions. Seulement ici les personnes sont les Etats, les choses, les terres soumises à leur souveraineté, les traités figurent les contrats et les actions sont remplacées par les moyens de coercition dont on use entre peuples, la guerre notamment qui est le principal et le plus fréquent de ces moyens. Mais pourquoi parler de doctrine ancienne alors que nous voyons chez les modernes la même méthode vicieuse se perpétuer. Sans doute, dans ce vieux cadre, on a fait entrer bien des choses qu'il ne contenait pas tout d'abord, mais le cadre lui même subsiste et sa survivance suffit à donner un certain crédit à la fausse présomption d'analogie entre le droit civil et le droit des gens. Le droit des gens est à ce point de vue ce que serait un homme fait qui s'obstinerait à ne point quitter les lisières dont on aurait jugé bon d'aider ses premiers pas. Et cette

tradition pèse lourdement sur la science actuelle. S'il faut un exemple nous citerons celui de la théorie générale des traités qui suit fort péniblement la pratique dans ses progrès, au lieu de la précéder comme il conviendrait, simplement parce qu'elle s'est obstinée à demeurer fidèle à ce cadre romain qui lui a été assigné aux premiers jours de son existence.

Que l'on parle encore en droit international de sponsion, de postliminie et de restitution en entier, la chose est de peu d'importance, mais que l'on n'hésite pas à répudier la tradition romaine s'il faut la puiser dans le pur droit privé, et que la méthode du droit des gens corresponde enfin à la nature des rapports sur lesquels il est appelé à statuer.

Voici donc un article sur lequel le divorce est souhaitable entre les anciens et les modernes. Sur un autre point plus important et plus curieux ce divorce est déjà chose faite. Les anciens auteurs faisaient un grand usage du droit naturel dans leurs spéculations. Tous sans exception invoquaient à l'occasion l'autorité du droit naturel ; il n'y avait entre eux de dissemblance que dans l'usage plus ou moins fréquent qu'ils faisaient de ce secours ; aussi est-ce simplement une différence de mesure qui sépare à ce point de vue l'école positive de l'école philosophique ; on tomberait dans l'erreur en donnant une importance plus grande à cette célèbre classification. Bynkershoek, cet ancêtre direct de la méthode moderne, proclame en termes tranchants la supériorité de la raison ; de Martens, cet autre positiviste, ne pense pas que l'on puisse se passer du droit naturel

dans l'édification du droit des gens. Les modernes, au contraire, ont renoncé à ces invocations, le droit naturel des anciens leur paraissant trop vague pour fournir la base d'une doctrine scientifique : en quoi les modernes ont eu raison ; on peut se demander seulement si leur méthode n'admet pas, par suite de cette suppression, une lacune que leurs raisonnements ne sauraient combler.

Qu'était-ce que le droit naturel pour les auteurs anciens ? Grotius nous en a fourni une définition célèbre basée sur la convenance ou la disconvenance d'un acte par rapport à la nature raisonnable et sociable de l'homme. Il veut que ces rapports de convenance ou de disconvenance soient si flagrants que la nécessité morale de l'acte ou sa turpitude éclate aux yeux. La notion donnée de la loi naturelle par Pufendorf n'est pas autre : c'est celle qui convient nécessairement à l'état et aux intérêts de ceux qui en subiront l'empire. Wolf, Vattel partagent ces idées et les réalistes eux-mêmes, Zouch, Bynkershoek, de Martens, tout en faisant une moindre place à cette source du droit des gens, se gardent de contester son existence ou de modifier sa nature. C'est donc dans notre ancien droit un principe communément reçu que le droit des gens dérive en partie au moins du droit naturel et que ce dernier comprend les règles de conduite dictées par la considération de la nature raisonnable et sociable de l'homme.

Il y avait là une bonne définition d'école, mais rien de plus. Les auteurs qui l'ont posée n'ont pas observé que la sociabilité, si elle est un principe de conduite

devient plus difficilement un principe de droit. Existe-t-il entre nations un devoir de sociabilité et jusqu'où l'étendra-t-on ? La question ne laisse pas d'être embarrassante et l'on hésitera à s'engager dans une voie où l'on rencontre, dès le début, de tels obstacles. L'appel fait à l'empire de la raison est-il plus fructueux ? il l'est moins encore. Grotius et ses successeurs étaient de trop bons philosophes pour ne pas savoir combien est chancelante la raison humaine, que rarement elle arrive à la certitude et en outre que la certitude de l'un réussit à grand peine à faire disparaître le doute de l'autre.

Aussi dans la pratique nos jurisconsultes s'écartent-ils le plus souvent de cette idée première, renoncent à un recours à la raison qui équivaut trop évidemment à une affirmation pure et simple et donnent à la notion de droit naturel une autre portée, une signification différente. C'est pour la plupart d'entre eux le droit romain, raison écrite. Ceci est surtout le cas de Zouch et de son droit fécial, droit dont nous ne connaissons que le nom mais qu'il prétend retrouver dans la doctrine des sages de l'antiquité. C'est aussi le cas de Grotius et de tous ceux qui ont fait aux sources romaines une place considérable dans leurs théories. Bien certainement l'autorité de documents aussi anciens ne tenait pour eux qu'à ce qu'ils se référaient à une civilisation modèle dont les institutions leur paraissaient être le prototype des lois destinées aux sociétés et des individus. On ne s'expliquerait pas sans cela que Grotius ait systématiquement préféré les exemples que lui fournissait

l'antiquité à ceux que lui eussent procurés des événements récents qu'il avait vus s'accomplir et auxquels il pouvait lui-même, dans sa carrière politique, avoir participé.

Mais d'autres conceptions du droit naturel apparaissent encore sous la plume des anciens jurisconsultes. C'est quelquefois, suivant la définition des Institutes, le droit commun aux hommes et aux animaux. Ils diront volontiers, pour justifier le droit que possède l'Etat de prendre toutes les mesures propres à sa conservation, que c'est une loi commune à tous les êtres vivants, loi dont les animaux eux-mêmes nous fournissent d'incessantes applications. Le droit naturel des Institutes n'est pas beaucoup plus certain en droit international qu'en droit civil. Si en effet l'instinct de la conversation pousse tout être vivant à se défendre, cette défense, qui est à son origine un pur fait, ne devient un droit qu'autant que tous reconnaissent à chacun la liberté de se défendre à l'occasion. Or, le seul instinct n'implique point du tout cette liberté et si entre animaux certaines lois providentielles veillent à la conservation des espèces, il n'en existe point pour les hommes qui doivent trouver en eux-mêmes les moyens d'obtenir ce résultat.

Plus souvent et surtout lorsqu'il s'agissait d'accorder aux peuples quelque liberté dans leur commerce réciproque, on argumentait de la communauté ayant existé à l'origine entre les hommes. C'est ainsi que l'on arrivait à revendiquer au nom du droit naturel la liberté de la navigation sur la mer ou sur les

fleuves internationaux. Cette conception est à coup sûr la plus étrange qui ait jamais été formée à l'occasion du droit naturel. Elle se complète par l'hypothèse non moins bizarre du contrat qui aurait donné naissance aux Etats. Quel fondement faire sur une prétendue communauté dont il n'a subsisté aucune trace et comment raisonner sérieusement de ce qui aurait été convenu au moment où cette communauté aurait pris fin ? On a peine à réprimer un sourire lorsqu'on voit les plus graves des hommes se payer de telles raisons et composer de semblables éléments le ciment qui doit servir à l'édification de leurs doctrines.

On s'explique trop facilement le discrédit qui a atteint la notion de droit naturel si usitée autrefois parmi les maîtres du droit des gens. Le terme lui-même n'a pas disparu, il est employé parfois pour désigner brièvement les principes qui sont la conséquence directe et nécessaire de quelques grands faits connus de tous : il n'est alors que l'expression la plus forte de la logique des choses et il est malheureusement fort rare que cette logique porte avec elle des enseignements convaincants.

Est-ce à dire que nous puissions nous passer du droit naturel dans la construction d'un droit des gens? Notre assurance ne saurait aller jusque-là. Les sources positives de la science sont loin de suffire à l'œuvre tout entière. Les traités qui l'alimentent tout d'abord sont limités (sauf exceptions) quant aux personnes qui reçoivent d'eux une loi commune, limités surtout et étroitement spécialisés quant à leur objet.

Combien sont nombreux les traités qui ne fournissent même pas une indication utilisable dans la théorie du droit des gens. La coutume vient ensuite, mais sur quels points existe une coutume assez fortement assise pour ne pouvoir pas être contestée? Il n'en existe qui soit telle à peu près qu'en ce qui concerne les formes du commerce entre nations. C'est quelque chose sans doute, ce n'est pas beaucoup.

En réalité, l'analogie est le grand ressort de la méthode positive et il ne faut pas exagérer la valeur de cette méthode. Entre deux cas en apparence semblables l'analogie est rarement frappante, elle est le plus souvent assez éloignée : faire de l'analogie le mode habituel du raisonnement juridique est encore un moyen sûr de laisser le champ libre à l'imagination de chacun.

Une méthode positive est excellente, mais seulement lorsqu'elle dispose d'éléments certains, ce qui n'est pas toujours le cas dans les questions anciennes, ce qui n'est jamais le cas lorsque quelques rapports nouveaux viennent à se produire. Au-delà de ces limites nos anciens auteurs faisaient tous appel au droit naturel. Que ferons-nous aujourd'hui? Peu de questions sont plus embarrassantes que celle-là. Il ne suffit pas d'avoir vivement ressenti l'inanité des conceptions anciennes. Un trou existe, il faut le combler.

S'il est permis de donner un aperçu rapide d'un problème aussi grave, je dirai volontiers qu'à la place occupée par le droit naturel ancien il faut mettre l'idée de justice. C'est pour avoir confondu ces deux notions que nos anciens ont erré, à mon humble

avis au moins. Mais qu'est-ce que la justice ? Là où les Romains ont échoué dans leur définition je serais hardi de m'essayer à mon tour. Aussi chercherai-je simplement à analyser. La justice qui tient la première place dans nos préoccupations est pour partie raison, pour partie sentiment. Elle consiste parfois simplement dans la soumission au commandement de la raison. Nos anciens donnaient volontiers cet exemple de loi naturelle : chacun doit réparer le tort qu'il a commis. On peut rappeler cet exemple de principe purement logique. Il est certain que l'idée de tort étant admise, l'idée de réparation s'ensuit à titre de conséquence nécessaire : c'est de la justice élémentaire. Il y aura toujours une part syllogistique dans la conception que l'on pourra se faire d'un droit dérivant de la nature de l'homme ou des choses : en ce sens toute doctrine est nécessairement aristotélique. Le syllogisme n'aide pas à l'invention des vérités premières, il en développe les conséquences, il est impossible qu'il en soit autrement. Tout droit, tout ordre social est fatalement logique ; s'il ne l'était pas il demeurerait inintelligible. Ce serait un gouvernement procédant à coups d'oracles, une justice distribuée à coups de dés.

De cette affirmation de nos anciens auteurs que le droit naturel dérive de la nature raisonnable de l'homme, on peut déduire au moins cette vérité incontestable qu'un droit est un tout dont les parties s'enchaînent suivant les règles de la logique.

L'influence de la raison ne se borne pas là sans doute, mais ce domaine est le seul dans lequel

règne une raison commune dont l'autorité s'impose sans contradiction possible à tous les esprits. Il peut donc être qualifié sans erreur de domaine propre à la raison.

Mais la nature raisonnable et sociable de l'homme ne suffit pas à tout et, dans un système quelconque de droit que l'on prétend placer au-dessus de l'arbitraire pur, il faut faire une part nécessaire à cette loi que Cicéron nous montrait inscrite dans notre propre conscience et non pas dans les édits périssables des magistrats et contre laquelle on a fort bien dit qu'aucun droit ne peut exister. C'est la part du sentiment dans cette question. La logique est la loi d'une structure nécessaire, ce n'est rien de plus. D'une bonne loi la logique tirera de bonnes conséquences ; d'une mauvaise loi des fruits détestables. La logique n'a par elle-même ni vice ni vertu, pareille à la couronne royale qui ornera également le chef du tyran et celui du père du peuple. Qu'est-ce qu'une bonne loi, qu'est-ce qu'une mauvaise loi ? La question n'est pas moins importante dans les rapports des peuples entre eux que dans les relations entre citoyens d'un même Etat. La raison ne suffira généralement pas à résoudre cette question : prétendre faire de son empire exclusif un idéal, c'est ajouter une formule vaine et creuse à toutes celles qui ont déjà cours dans le monde.

Faut-il à la guerre respecter les faibles, les innocents, ceux qui, de leur côté, ne font aucun mal à l'ennemi et que nous appelons les non combattants. Depuis que le droit des gens existe, il s'use en efforts

incessants pour parvenir à ce résultat. Et cependant la cause de ce parti n'est pas encore complètement gagnée et la science rationnelle lui oppose des objections très graves. Grotius jugeait le droit des gens arbitraire opposé à cette solution et il faisait appel aux sentiments chrétiens pour la recommander. De nos jours une école la conteste et ses raisons sont sérieuses et fortes, il faut le reconnaître, d'autant plus fortes qu'elle s'appuie, elle aussi, sur des considérations d'humanité. En raison pure, la question est douteuse ; elle ne l'est pas pour nous cependant.

La question du plébiscite dans l'annexion est classique ; il n'est aucun juriconsulte qui ne la connaisse et n'ait sur elle son parti arrêté. La raison fournit ici à la controverse de nombreux arguments tous sérieux. Le malheur est qu'ils aboutissent à des solutions contradictoires. Est-ce à dire que son examen ne puisse jamais conduire qu'à de simples probabilités ? Point du tout. Les adversaires sont également intransigeants dans leurs doctrines. Pour ma part, je déclare bien haut ne pas comprendre que l'on ne tienne pas compte de la volonté de la population du territoire annexé. Je ne puis pas contester que l'accord est loin d'être fait sur cette question mais je constate que les adversaires adhèrent avec une égale énergie à leurs opinions.

Le rapprochement de ces deux exemples est instructif : la première de nos questions est aussi vieille que le monde et de tout temps les hommes livrés à l'étude impartiale du droit ont travaillé à lui procurer la même solution ; la seconde est fort récente (et nos

anciens maîtres n'en avaient cure), elle passionne la doctrine et la divise profondément. N'y a-t-il pas là un enseignement et ces faits ne donnent-ils pas tort et à ceux qui soutiennent après Cicéron la permanence et l'immutabilité du sentiment de justice et à ceux qui veulent n'y voir qu'un élément relatif et contingent de notre nature ?

Ce qui paraît toutefois bien certain, c'est que, en dehors du droit positif, en dehors de l'action lumineuse de la raison, une autre source beaucoup plus mystérieuse alimente le droit des gens. Nous l'appelons le sentiment de la justice. Ce sentiment est supérieur à notre raison et celle-ci ne saurait en donner ni une définition ni une analyse. Nous en constatons la présence en nous, nous en suivons les effets au dehors, nous nous réjouissons de ses conquêtes, nous déplorons ses défaites, nous nous indignons avec raison si nous le voyons prostitué, nous le considérons à juste titre comme la partie la plus haute et la plus noble de nous-mêmes. Avec le sentiment de la justice nous entrons dans l'inconnaissable et cependant nous ne pouvons même pas douter de la nécessité de son action dans les rapports des peuples entre eux. De même les physiciens ne savent pas ce qu'est cet élément qu'ils appellent l'éther, ou cette force que nous nommons électricité, ils ne doutent pas de leur existence pourtant, ils ne peuvent pas en douter. Peut-être les physiciens réussiront-ils un jour à rompre ces barrières, leurs progrès ont été si merveilleux qu'il est permis de tout espérer. Quant à nous, soyons plus modestes,

nous ne donnerons jamais une définition de la justice. Ne faut-il pas laisser quelque chose à Dieu ?

Le tort de nos anciens jurisconsultes paraît avoir été ici de vouloir faire rentrer dans leurs catégories une notion qui ne devait pas y être comprise. Ils ont été obscurs, insuffisants et puérils parfois parce qu'ils ont voulu tout expliquer. Nous serons plus sages en nous bornant à constater.

Un autre trait particulier à nos anciens jurisconsultes doit être mentionné dans cette introduction. On connaît la grande place que la distinction de la guerre juste et de la guerre injuste occupait dans leurs œuvres. Cette notion a son origine chez les théologiens, car on sait qu'il n'existe aucune parenté entre le *justum bellum* des Romains et la guerre juste de l'ancien droit des gens. Celui-ci prétendait juger de la pertinence des motifs qui entraînaient le recours aux armes, ceux-là paraissaient se contenter d'apprécier si les formes requises avaient été suivies. De la part des théologiens la distinction de la guerre juste ou injuste se comprenait fort bien. L'Eglise exerçait une juridiction sur les consciences, elle possédait des sanctions efficaces et l'histoire nous montre qu'elle ne craignait pas de les employer pour faire respecter les droits du peuple. Il était donc nécessaire pour elle de déterminer les conditions de la légitimité de la guerre et de réserver les droits attachés à la qualité de belligérants aux seuls cas dans lesquels ces conditions se trouvaient réunies. C'est même en vue de l'exercice de la juridiction spirituelle que les théologiens furent conduits à considérer nos

problèmes. Ce qui est plus surprenant, c'est de voir cette notion se perpétuer chez des auteurs qui répudiaient l'autorité de l'Eglise catholique, chez Gentilis et chez Grotius par exemple ; on verra dans ce phénomène une preuve de la puissance du sentiment de justice. L'autorité du pape une fois repoussée, quelle pouvait être la conséquence de l'injustice d'une guerre? Pour les Etats intéressés, elle n'en avait aucune. L'issue même de la guerre décide des prétentions des belligérants et on ne saurait songer à infliger une peine à qui tient son adversaire à sa merci. Pour les soldats, il est bien grave de prétendre faire porter sur eux le poids des fautes de leur souverain. Imputer úne responsabilité à qui est tenu d'obéir, cela est bien délicat et les canonistes eux-mêmes évitaient autant qu'ils le pouvaient cette extrémité.

En bonne logique, la distinction de la guerre juste et de la guerre injuste aurait dû disparaître du moment où s'est accompli ce que l'on a appelé quelquefois la laïcisation du droit des gens. Il n'en a pas été ainsi et, pendant toute la période ancienne, cette distinction a gardé un certain prestige, prestige qui allait en s'affaiblissant et par la force des choses devait disparaître. Qu'en reste-t-il aujourd'hui ? Le souvenir et une certaine influence sur l'opinion, voilà tout. Il est certain que dans une guerre la sympathie des peuples spectateurs va plus facilement à ceux qui paraissent soutenir une cause juste. Cette cause en devient-elle plus forte pour cela? Hélas, non. La raison d'Etat, qui est la force habillée d'un mot

pompeux, prime tout. Peut-être dans une insurrection la justice des griefs des rebelles aidera-t-elle dans une faible mesure à leur succès en facilitant la reconnaissance de leur parti : c'est là, crois-je le seul effet juridique que puisse produire de nos jours cette distinction fameuse. Tout le reste n'est que cendres et poussière.

Ne craignons pas cependant de fouiller dans cette cendre ; elle recouvre un feu qui n'est pas près de s'éteindre. On fait grand bruit de nos jours de la question de l'arbitrage, ce qui ne signifie pas que l'on fasse à son sujet beaucoup de besogne. Il s'agit de supprimer la guerre tout simplement et de la remplacer par un jugement que rendront à l'occasion des arbitres fort savants et très bien intentionnés. Le tribunal est constitué, la procédure est prête... et chacun charge son fusil. Cette question de l'arbitrage a les liens les plus étroits avec la distinction de la guerre juste et injuste. Dans les deux cas on prétend faire triompher la justice sur l'injustice entre les hommes, ce qui est à coup sûr fort souhaitable. Ici on pense y arriver en refusant au souverain injuste les droits du belligérant, là en le menaçant de la sentence d'un juge impartial et éclairé. Dans les deux cas encore on vise la suppression de la guerre, soit en refusant à une mauvaise cause les moyens de se soutenir, soit en lui ôtant tout espoir de succès dans le procès qui sera fait. Il y a cependant une différence. La doctrine ancienne ne supprime pas directement la guerre, elle cherche seulement à faire pencher la balance du côté de la justice ; la tendance

moderne plus audacieuse, ne veut rien moins que substituer à la guerre la procédure arbitrale. Cela s'appelle vouloir changer la face du monde. A la vérité à toutes les époques des projets semblables ont été formés. Mais au temps de l'abbé de Saint-Pierre ou de Kant ils restaient confinés dans le domaine de la spéculation philosophique ; ils semblent être tombés de nos jours dans celui de l'étourderie.

La distinction de la guerre juste ou injuste n'a pas produit en fait le bien social qu'en attendaient ceux qui en avaient fait la base de leur doctrine. Faut-il pour cela lui dénier toute valeur et porter sur elle un arrêt définitif de condamnation ? Ce serait aller peut-être un peu vite en besogne et il est permis de se demander si cette vieille idée ne serait pas plus propre que la bruyante théorie de l'arbitrage à seconder les espérances de l'humanité. Que les Etats renoncent à faire valoir leurs griefs et à consacrer toutes leurs forces au soutien de leur cause, c'est illusion pure. Il faudrait d'abord les amputer de leurs passions et les passions nationales ne sont pas moins vivaces que les passions individuelles. Mais, malgré l'absence de toute magistrature supérieure, les débats que les Etats ont entre eux peuvent être jugés par ceux qu'ils ne concernent pas : ils le sont en fait et dans bien des hypothèses il n'existe aucun doute sur la justice ou l'injustice d'une guerre, sinon parmi les intéressés. Ce jugement existe, mais il manque de sanction. La question reviendrait donc en dernière analyse à lui procurer une sanction effective. Est-il téméraire de

penser que les Etats tiers, les neutres pourraient au moins manifester ouvertement leurs sentiments et pense-t-on que cette manifestation collective serait sans effet sur les résolutions des intéressés? Il y aurait intervention, dira-t-on sans doute. C'est être bien chatouilleux. Et quand même ce serait une intervention? N'en admet-on pas d'autres et de beaucoup plus graves?

Un rapprochement doit être fait ici. Il n'est pas sans doute dans le droit des gens tout entier de matière qui se soit développée plus facilement que celle des privilèges des agents diplomatiques. Il existe sur ce point un véritable corps de droit très régulièrement respecté. Cette heureuse exception est due, en partie au moins, à cette circonstance que, chaque fois que quelque incident se produit, les membres du corps diplomatique ne manquent jamais de prendre la défense de leur collègue offensé. Leur protestation suffit pour tout faire rentrer dans l'ordre.

Sans doute il ne s'agit pas là d'intérêts primordiaux et je suis loin de prétendre que l'on puisse aussi facilement apaiser les conflits qui surgissent entre nations. Cet exemple a cependant sa valeur et l'on peut penser qu'un Etat, fût-il le plus puissant de tous, ne heurterait pas de gaieté de cœur l'opinion commune nettement exprimée. S'il était possible de faire rendre ce jugement sur la justice et l'injustice d'une guerre, il présenterait le double avantage de ne pas exiger de compromis préalable et de n'intervenir que dans le cas où le parti de la justice pourrait être nettement déterminé.

Est-il permis, dans cette voie glissante des réformes possibles, d'aller plus loin encore et de songer à attacher une sanction effective à la justice ou à l'injustice d'une guerre? Le souvenir de la Ligue des Neutres se présente ici à mon esprit et je me demande si les puissances neutres ne pourraient pas, en s'unissant, mettre obstacle à une guerre injuste. Les neutres, ne l'oublions pas, souffrent eux-mêmes de la guerre. L'état de neutralité entraîne après lui des obligations fort étroites : qu'y aurait-il à objecter en raison à un neutre qui prétendrait ne se soumettre à ces obligations qu'autant que la justice et la nécessité de la guerre lui auraient été démontrées? Un seul neutre craindrait de s'exposer en posant cette exigence, mais plusieurs neutres n'auraient aucune raison de s'arrêter à cette considération, et cette attitude prise par eux rendrait la situation de l'agresseur bien difficile. Faudrait-il qu'il se résignât à voir son adversaire continuer librement son commerce avec les tiers, ou devrait-il se décider à rompre en visière au monde entier? On ne saurait être trop réservé en cette matière. Peut-être tout cela est-il imagination pure, aussi me garderai-je bien d'emboucher la trompette pour annoncer au monde une ère de paix et de félicité. Ce que j'ai voulu montrer, c'est que la vieille distinction de la guerre juste et injuste n'est pas sans un certain mérite. Infiniment plus modeste que les constructions fantaisistes des apôtres de la paix universelle, elle serait susceptible de conduire à un résultat plus certain, si seulement les conducteurs de peuples voulaient se ré-

soudre à empêcher les guerres les plus manifestement injustes, celles qui sont une véritable honte pour l'humanité.

Nous ne devons pas blâmer nos anciens auteurs d'avoir conservé cette distinction longtemps après qu'elle eut été destituée de tout intérêt pratique. En ce faisant ils ont donné asile à l'éternelle protestation de la conscience humaine contre tout ce qui se fait de contraire à ce sentiment de la justice qui naît et qui meurt avec nous. Ils se sont acquis par cela seul des droits certains à notre reconnaissance.

Mais il est temps de revenir à notre livre et d'user de cette liberté que notre situation de neutre nous procure dans le cas présent. Cet ouvrage sera apprécié : je l'espère et j'en suis certain. Tous ceux qui lui ont consacré leurs efforts ont agi dans un même esprit, ils ont réussi à lui donner une unité véritable ; ils ont entendu livrer au public un exposé exact des doctrines des différents maîtres dont ils avaient entrepris de réveiller le souvenir et ils l'ont fait. C'est bien une histoire des doctrines de ces jurisconsultes que nous possédons là, histoire écrite par des hommes qui ont lu leurs ouvrages (il n'est pas inutile de le dire) et qui possèdent du reste des connaisssances fort étendues en droit international. Un pareil livre n'existait pas ; il existe maintenant. Ne puis-je pas dire en toute sincérité à nos jeunes docteurs qu'en l'écrivant ils ont rendu un réel service à la science.

Pour moi, je sais bien que je n'ai point toujours le loisir de troubler Grotius et Pufendorf dans leur

sommeil et que cet ouvrage ne quittera pas le rayon de ma bibliothèque le plus proche de la main. Peut-être ne suis-je pas seul dans ce cas, peut-être d'autres feront-ils sagement en faisant comme moi.

C'est aussi une œuvre de sincère et véritable modestie.

Le plus souvent l'analyste s'efface et disparaît complètement devant le jurisconsulte dont il résume les opinions. On le regretterait même, si aux questions choisies, à la disposition du sujet, à la concision et à la force du style il n'était pas aisé de deviner de futurs maîtres.

Mais tout n'est pas commun à tous dans cet ouvrage et, sous l'uniformité voulue du procédé, combien la diversité des esprits et la variété des tempéraments se laisse aisément pénétrer. Celui-ci est plus philosophe et sa nature le porte à saisir les rapports des phénomènes particuliers aux tendances générales de l'humanité, celui-là, plus strictement juriste, fait cas surtout des préceptes positifs et des choses concrètes. L'un, scrupuleux presque à l'excès, voudra faire sentir jusqu'à la moindre nuance de la doctrine qu'il interprète, l'autre, de tendances plus artistiques, avance, préoccupé de la pureté de la forme autant que de la solidité du fond. Ces petites monographies prêtent à des comparaisons infiniment intéressantes, plus intéressantes pour moi peut-être que pour tout autres, puisque j'ai eu la bonne fortune d'être pendant un temps l'accoucheur de ces jeunes talents, intéressantes cependant pour tout homme aimant la science et aimant la jeunesse.

Que le dernier mot de cette introduction soit pour vous, mes amis. En vous attelant avec courage à une besogne ingrate, en la conduisant heureusement à son terme, au milieu d'une foule d'occupations diverses, vous avez donné un exemple que vos cadets n'oublieront point, vous avez montré à la faculté de Paris que ce n'est pas en vain qu'elle vous a prodigué ses leçons. Vous êtes les maîtres de l'avenir. Les uns dans l'enseignement, les autres ailleurs, vous cueillerez les fruits de l'arbre dont nous voyons ici la première floraison et je pressens qu'à l'époque où l'homme mesure d'un regard attristé le peu qu'il a fait, ma consolation sera dans vos succès, dans les services que vous aurez rendus à la science que nous avons cultivée ensemble. Vous avez su prendre la vie comme elle doit être prise. Avec de la force, de l'ardeur, de l'indépendance d'esprit on devient des hommes. Et je suis sûr que le souvenir de cette collaboration sera précieusement gardé par vous. La lutte pour la vie n'est pas un mot. Elle est dure et plus souvent encore répugnante. L'image de cette union cordiale d'adversaires de demain dans un travail commun mérite de vous plaire : elle devrait être le programme de votre existence.

Schiller, à la fin de son célèbre poème, souhaite que la cloche dont il a chanté l'histoire ne serve jamais qu'à des appels à la concorde et à la paix. Cette cloche d'union et de confraternité, cette cloche d'harmonie et de cordialité, n'est pas autre chose que le travail. Ne l'oubliez jamais.

A. Pillet.

Les Fondateurs du Droit International

François de Vitoria (1)

Il était Espagnol, contemporain de Charles-Quint ; il appartenait à l'Ordre de Saint-Dominique. Cette nationalité, cette époque, cette condition ne sont pas indifférentes ; elles aideront à comprendre pourquoi certaines questions internationales sont traitées dans l'œuvre de Vitoria, à quel point de vue, un peu particulier, elles sont examinées, dans quel esprit et suivant quelle méthode elles sont résolues.

(1) (1480-1546) François de Vitoria, ainsi nommé du lieu de sa naissance : Vitoria, capitale de la province d'Alava, dans la Biscaye ; fut élevé à Burgos, fit ses études à Paris, *in gymnasio Sanjacobeono* (Echard), entra dans l'Ordre des dominicains, puis alla à Salamanque, où il enseigna avec éclat la théologie de 1526 à 1546.

D'après le docteur en théologie d'Ingolstadt qui a écrit la préface (édition de Cologne) de ses *Relectiones theologicæ*, il aurait joui d'une immense considération ; ses auditeurs le regardaient comme un autre Pythagore ; pour les théologiens et les philosophes il était « l'alpha et le princeps » ; les rois le consultaient sur les cas intéressant leur conscience : les rois d'Espagne sur leurs conquêtes du nouveau Monde ; le roi d'Angleterre sur ses divorces ; le Pape lui remettait le jugement des cas de conscience les plus délicats. Il eut d'innombrables disciples, *non modo centuriæ sed Yliades*, quelques-uns particulièrement connus, tels que Melchior Canus et Dominicus Sotus, l'auteur du traité *de legibus ac Deo legislatore*, où est établie pour la première fois la distinction entre le droit interna-

L'Espagne était à l'apogée de sa grandeur : une lutte héroïque de huit siècles l'y avait élevée, après des milliers de batailles; un à un, elle faisait fondre dans l'unité nationale les petits royaumes de la Péninsule. Sa puissance s'affir-

tional positif et le droit naturel. — Il a laissé plusieurs ouvrages de morale et de théologie publiés après sa mort :

1° *Confessionnario*, 1562, in-12 ;

2° *Instruccion y Refugio del anima*, Salamanque, 1552 ;

3° *Commentaria in universam Summam Theologi Sancti Thomæ et IV* lib. *Sententiarum* (manuscrit) ;

4° Enfin et surtout ce qu'on appellerait aujourd'hui des « Mélanges », recueil de dissertations sur divers sujets, publiés après sa mort sous le titre de *Theologicæ Relectiones* ou *Relectiones morales* (Le terme *relatio*, Bonfils Fauchille, page 65, est dû à une erreur d'impression).

La *relectio* est une leçon publique que le professeur reprend pour lui donner la dernière main et publie. Les *Relectiones* ont eu plusieurs éditions :

Lyon, 2 vol. pet. in-8°, 1557 (*vitiosa et corrupta*, dit le docteur d'Ingolstadt).

Salamanque, 2 vol. pet. in-8° 1565 (*emendatior*).

Lyon, 2 vol. pet. in-8°, 1587 (un exemplaire à la bibliothèque Nationale).

Anvers, 2 vol. pet. in-8°, 1604.

Salamanque, 2 vol. pet. in-8°, 1680.

Cologne, 2 vol. pet. in-8°, 1686. C'est cette dernière édition, due à Johannes Georgius Simon, professeur à l'université de Halle, que nous citons dans le cours de notre étude.

La matière de ces éditions est toujours la même, quoique certaines portent *relectiones undecim*, d'autres *relectiones tredecim* ; la différence vient de ce que dans les unes deux leçons sont subdivisées (*de potestate ecclesiæ*, *de Indis*) et ne le sont pas dans les autres. Deux *relectiones : de Indis* et *de jure belli*, représentant 167 pages de petit in-8°, sont les seules intéressant le droit international.

L'ouvrage étant extrêmement rare, malgré ses nombreuses éditions, nous avons cru utile de multiplier les citations.

On trouvera de plus amples renseignements biographiques et bibliographiques dans : Bartolomeo de Medina, *Prol. Comm. in S. Thom.* Nicol Antonio, *Bibliothèque Espagnole*. Le P. Echard (V° Franciscus) *Scriptores ordinis prædicatorum* et dans la préface de l'édition de Cologne par un docteur d'Ingolstadt.

mait dans toutes les parties du monde : elle enserrait la France entre l'Artois, les Pays-Bas, la Franche-Comté ; elle tenait la Méditerranée occidentale par le nord et le sud de l'Italie, les îles Baléares, Ceuta et Oran sur la côte algérienne ; en Océanie son drapeau flottait sur les Philippines et les Moluques ; et quant au Nouveau Monde, il lui appartenait presque tout entier, depuis le Mexique jusqu'à la terre de Feu, sans compter ces îles, sources de richesses qui paraissaient alors inépuisables : la Jamaïque, Saint-Domingue, Cuba.

La constitution de cet empire soulevait le problème de la légitimité des acquisitions territoriales ; la découverte, encore récente, de l'Amérique, provoquait une théorie de l'occupation internationale.

D'autre part, cette situation exceptionnelle dans le monde ne pouvait être conservée que par les armes. La première puissance politique de l'Europe devait en être aussi la première puissance militaire. C'était donc en Espagne que devait se faire sentir avec le plus d'intensité le besoin de fixer, dans la mesure du possible, les règles de morale et de justice sur le droit de la guerre et la conduite des hostilités.

Ces problèmes que les événements posaient d'une façon particulière pour l'Espagne, l'Espagne était toute prête à les aborder. Sa grandeur politique et militaire s'accompagnait d'un admirable développement intellectuel : ses universités et, notamment, les deux plus illustres, celles de Cordone et de Salamanque, étaient des foyers de lumière où les questions les plus graves étaient agitées avec une complète indépendance d'esprit et une tolérance toute moderne. Une pléiade d'écrivains remarquables sort, au XVIe siècle, de ces universités, qui étudie les règles de la justice internationale : Soto, Suarez, Balthazar de Ayala, Alberico Gentili : à leur tête le grand scholastique de l'Espagne, François de Vitoria.

Vitoria professa la théologie à Salamanque de 1521 à 1546. Ses *Relectiones de Indis* et *de jure belli*, sont des leçons de

théologie : c'est assez dire que les questions internationales y prennent l'aspect particulier de cas de conscience intéressant soit les individus, soit plutôt les princes chargés de les diriger. Le droit international n'a pas encore pris une forme indépendante : il n'est pas séparé de la morale ; la spécialisation des sciences est encore rudimentaire. Vitoria affirme d'ailleurs qu'il en doit être ainsi ; il nie toute compétence aux jurisconsultes pour traiter les questions de justice internationale. S'agit-il, par exemple, des relations entre le roi d'Espagne et les Indiens : ces barbares ne sont pas ses sujets en vertu du droit humain, par conséquent ces relations ne peuvent être réglées par les lois humaines ; elles ne peuvent l'être que par les lois divines ; donc les jurisconsultes sont incompétents : *Agitur de foro conscientiæ :.. hujus causæ decisio non ad jurisperitos sed ad theologos pertinet* (p. 316).

François de Vitoria est donc théologien et il appartient à l'Ordre de Saint-Dominique ; il emploie la méthode en honneur dans cet Ordre dont il est la lumière et la gloire (1) : la méthode scholastique.

On sait quels sont les traits principaux de cette méthode : le penseur cherche la vérité ; il formule une proposition (la thèse) et se demande si elle est fondée : pour cela, il examinera tous les arguments que l'on peut faire valoir en faveur de cette thèse, ne négligera aucune des objections qu'ils peuvent subir, les appréciera à leur tour, et ne s'arrêtera que lorsqu'il aura trouvé un argument contre lequel ne s'élève aucune objection valable. Chaque argument est traité distinctement, ne se confond pas avec les autres. Les arguments sont souvent numérotés ; il en est de même des objections : de sorte qu'il est aisé de voir quelle est la valeur propre de chacun : la conviction ne s'acquiert pas ainsi grâce à une vague impression d'ensemble ; elle n'est pas

(1) *Ejusdem ordinis extitisse præclarum lumen et ornamentum*, dit le docteur d'Ingolstadt.

dictée par le sentiment : elle s'impose par quelques arguments clairs, précis, qui s'adressent seulement à la raison ; c'est sur ces seuls arguments que l'on conserve que doit porter la discussion. Les avantages de la méthode, on le voit, ce sont la loyauté, la rigueur, la clarté. Prenons un exemple : la question est de savoir si les Indes ont pu tomber sous la domination espagnole : sans doute, il y a présomption en faveur de l'affirmative : Ferdinand et Isabelle, qui ont les premiers occupé ces régions, ont été très chrétiens, et l'Empereur Charles-Quint est un prince très juste et très religieux ; mais encore faut-il confirmer cette présomption.

Vitoria rejette d'abord toute une série d'arguments généralement admis en faveur de la thèse et qu'il considère comme sans valeur : il prend la situation avant l'arrivée des Espagnols : les Indiens étaient les véritables maîtres de ces domaines : l'état de péché mortel n'empêche pas d'être un maître véritable ni l'état d'infidélité ou d'hérésie ; ils ne sont pas privés de raison ;après avoir repoussé une à une toutes les erreurs qui ont été émises à ce sujet, Vitoria arrive à cette conclusion : *Indi Barbari antequam Hispani ad illos venissent erant veri domini et publice et privatim.* C'est l'objet de la première section de la cinquième *Relectio.*

Si donc les Indiens avaient la propriété privée et la souveraineté politique, comment les Espagnols ont-il pu les en dépouiller ? Dans la deuxième section, Vitoria examine et rejette encore d'autres théories avancées pour justifier la mainmise de l'Espagne : La prééminence universelle du Pape et celle de l'Empereur.

Ayant ainsi abandonné tous les arguments contre lesquels s'élevaient des objections victorieuses, il groupe dans une section III les titres légitimes de la domination espagnole : Les Indiens ont empêché les Espagnols d'exercer les droits qu'ils tenaient de leur qualité de membres de la société naturelle des Etats et de la communauté interna-

tionale. Cette leçon sur les Indiens est un chef-d'œuvre de méthode, une belle construction logique, élégante, solide, harmonieuse. Le style est nerveux, précis, concis : aucun développement purement oratoire, aucune grandiloquence : la méthode est absolument scientifique.

Il évite tout vain étalage d'érudition : deux ou trois citations d'Aristote, pour ne pas trop se distinguer ; puis, et seulement lorsque besoin est, de rares exemples bien choisis et, particularité notable chez un auteur de cette époque, empruntés autant que possible aux événements contemporains. — Son absolue indépendance de tous les préjugés, son éloignement pour les raisonnements purement verbaux, sa liberté d'esprit à l'égard des idées toutes faites en font un précurseur, un auteur véritablement moderne. Espagnol, il est sujet respectueux de l'Empereur Charles-Quint ; mais ce respect ne va pas à l'adulation ; l'Empereur, dit-on, est maître du monde : c'est pourquoi il a pu soumettre les Indiens (1). *Hæc opinio est sine aliquo fundamento*, dit Vitoria ; on n'est souverain que de droit naturel, de droit humain, de droit divin : l'Empereur ne peut invoquer aucun de ces droits à l'appui de sa prétention ; donc cette prétention n'est pas fondée. Chemin faisant, il rejette d'un mot les inadmissibles subtilités des jurisconsultes qui distinguent un *dominium altum*, *bassum*, *directum*, *utile*, *merum*, *mixtum*. — Dominicain, personne n'est plus que lui respectueux de l'autorité du Pape ; mais, cette autorité, il la restreint à son domaine naturel : les affaires spirituelles : *Papa non est dominus civilis aut temporalis totius orbis, loquendo proprie de dominio et potestate civili... Et quod dixit dominus Petro, « Pasce oves meas » satis ostendit esse potestatem in spiritualibus, non in temporalibus.* (p. 352).

(1) C'est l'assertion de Bartole et de l'école de Bologne que l'empereur est souverain du monde entier : *Credo regem Galliæ subjectum esse imperio.*

Cet esprit exclusivement scientifique n'est peut-être pas ce qu'il y a de plus admirable dans l'œuvre de Vitoria : C'est le grand souffle d'humanité qui passe à travers ces raisonnements et anime leurs rigoureuses déductions.

Essayons de résumer ce qu'il y a de substance de droit international dans les *Relectiones theologicæ*.

*
* *

Le droit international comprend, d'après Vitoria, les règles que la raison naturelle a établies entre les nations : *Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit vocatur jus gentium* (p. 388).

C'est la définition que donnent les *Institutes* du *jus gentium* avec la substitution du mot *gentes* au mot *homines* (1, *Inst. de jur. nat.*, 2, 1). On peut dire par conséquent que c'est chez Vitoria que l'on trouve pour la première fois le terme de *jus inter gentes*. Le terme est remarquable : ce qui l'est encore plus, c'est l'idée à laquelle il correspond, c'est la notion que présente Vitoria de ce *jus inter gentes*, du lien juridique qu'il établit entre nations, ou plutôt de la société juridique internationale dont il est l'expression.

Vitoria se refuse à considérer le monde habité comme un ensemble inorganique de nations isolées, sans lien entre elles, n'ayant les unes à l'égard des autres ni droit ni devoir, si ce n'est le droit absolu pour chacune de se clore chez elle et le devoir pour toutes les autres de respecter cette volonté. Vitoria rejette la théorie qui eut cours avant lui et après lui, d'après laquelle le droit de chaque Etat sur son territoire est de la même nature que celui du propriétaire sur son champ, mais, en fait, plus absolu, puisque aucune autorité supérieure ne peut le limiter. Tandis que la plupart des auteurs mettent à la base de leurs systèmes le principe de l'*indépendance* des Etats, Vitoria insiste au contraire sur leur *interdépendance*. Il y a une *societas na-*

iuralis (p. 386) des nations : à la base de cette société nous trouvons à l'état latent les éléments qui seront les fondements des théories de l'école du droit de la nature et des gens : un état de nature ; un contrat social. Il y a eu à l'origine du monde une époque où tout était commun ; les individus avaient des droits égaux sur l'ensemble des choses ; puis les groupes nationaux se sont formés, s'attribuant plus particulièrement certains territoires ; mais — et c'est ici qu'intervient comme l'idée d'un contrat social international — « jamais *l'intention des nations* n'a été de supprimer par cette division le commerce naturel » (p. 387). Ces individus ont donc conservé certains des droits qui étaient communs à l'état de nature. Et nous verrons tout à l'heure que chaque prince a le droit et même le devoir de faire respecter, au besoin par la guerre, les droits internationaux de ses sujets (1). C'est ainsi qu'est justifiée d'une manière très nette l'existence d'une société juridique internationale et par conséquent l'*interdépendance* des Etats. Cette conception, on le voit, était universelle, elle brisait les cadres étroits des théories du début du Moyen Age, elle dépassait les limites de la chrétienté ou des états civilisés. C'était bien l'idée moderne d'une organisation juridique embrassant l'humanité tout entière et dont les membres auraient, tous, les mêmes droits et les mêmes devoirs. « Il ne serait pas permis à un Français, dit Vitoria (p. 387), d'interdire aux Espagnols de voyager, même d'habiter en France, ou inversement, à condition qu'ils ne commettent pas de violation du droit ou des dommages : les barbares ne peuvent avoir plus de droits. » On voit de suite les conséquences d'importance primordiale qui découlent de cette théorie.

La formation des groupes politiques n'a pas porté at-

(1) On voit qu'il n'est pas absolument exact de faire dater la reconnaissance des droits internationaux de l'individu, soit de l'école du droit de la Nature et des Gens, soit de la Révolution française : Cf. Tchernoff, *La protection des nationaux*, p. 72 et 80.

teinte aux droits primitifs qu'avaient tous les individus d'aller et de venir sur la surface terrestre. Aucun Etat n'a donc le droit de fermer ses frontières aux étrangers lorsque ceux-ci veulent y voyager ou s'y établir, *sine injuria aut damno* (p. 387); l'immigration est un droit de l'homme que Vitoria qualifie de *jus communicationis* (1).

L'appropriation des territoires par des groupes politiques a laissé certaines choses dans le patrimoine commun de l'humanité : ce sont notamment la mer et les fleuves; par conséquent, les navires de toutes les nations ont le droit d'y naviguer.

La division des choses a laissé subsister également le *jus commercii* (p. 389); les hommes ont le droit de commercer avec les autres hommes et les princes ne peuvent, en cette matière, imposer aucune prohibition aux étrangers ou à leurs sujets (p. 389); les Espagnols ont le droit de faire le commerce chez les Indiens en important chez eux les marchandises dont ils manquent et en emportant l'or et l'argent ou les autres matières dont ils abondent.

Le « commerce international » ne se borne pas d'ailleurs à un échange matériel de marchandises; il s'étend aussi à l'échange des idées : il donne notamment aux Espagnols le droit de *prêcher* l'Evangile aux Indiens; l'obligation des Indiens se borne à laisser aux Espagnols la liberté de la propagande et ils ne sont pas tenus de se laisser convertir (2). Bien plus, un Etat ne peut pas empêcher un étranger

(1) *Nolle accipere hospites et peregrinos est de se malum.* (p. 380). Rapprochez de cette affirmation catégorique du principe les discussions de l'Institut de droit international, *Annuaire*, t. XI, p. 273. Vitoria ajoute, p. 392 : « S'il en est qui veuillent prendre domicile dans un Etat étranger, par exemple pour prendre épouse ou pour une autre raison par laquelle les étrangers acquièrent droit de cité, on ne voit pas pourquoi cela pourrait leur être interdit. »

(2) *Si barbari permittant Hispanis libere et sine impedimento prædicare Evangelium, sive illi recipiant fidem sive non, non licet hac ratione intentare illis bellum nec alias occupare terras illorum... nunquam est bellum justum, ubi nulla præcessit injuria.* (p. 393).

d'acquérir chez lui la nationalité : les enfants nés d'un père étranger domicilié sur le territoire d'un Etat acquièrent de droit la nationalité de cet Etat (1). En effet, dit Vitoria, un Etat ne peut pas considérer comme lui appartenant un individu né à l'étranger d'un père qui lui-même y est domicilié ; si donc on ne considérait pas cet individu comme citoyen de l'Etat de sa naissance, il se trouverait sans nationalité. Le droit naturel aussi bien que le droit des gens ne conçoivent pas un individu qui ne se rattache à aucun Etat ; aucun individu n'est en dehors de la communauté internationale et la communauté internationale ne comprend que des Etats ; donc tout individu appartient à un Etat (2).

C'est le consentement universel qui a établi ces règles ainsi que d'autres principes importants du droit international, comme l'inviolabilité des ambassadeurs. Ces principes acceptés par la majeure partie de l'humanité s'imposent à la minorité qui voudrait les repousser (3).

Nous retrouvons la même idée exposée par Grotius dans le discours préliminaire du *De jure belli* : « Le consentement de tous les Etats, ou du moins du plus grand nombre, a pu produire entre eux certaines lois communes. Et il paraît qu'effectivement on a établi de telles lois qui tendraient à l'utilité, non de chaque corps en particulier, mais du vaste assemblage de tous ces corps. »

Ces avantages que le droit internationnal reconnaît aux étrangers sur le territoire des autres nations sont des

(1) *Liberi si apud Indos nascuntur ex parentibus Hispanis illic domicilium habentibus et velint esse ejus cives non possunt arceri vel a civitate vel a commodo aliorum civium* (p. 391 et suiv.).

(2) C'est la condamnation théorique de l'heimathlosat qui, cependant, durera, en Suisse notamment, jusqu'à la loi fédérale du 3 décembre 1850.

(3) *Si enim post prima tempora creati orbis aut reparati post diluvium major pars hominum constituerit ut mare esset commune, ut bello capti essent servi et hoc ita expediret ut hospites non exigerentur : certe hoc haberet vim etiam aliis repugnantibus.* (p. 390).

droits véritables dont la satisfaction peut être légitimement poursuivie par la force : si une nation ferme ses frontières aux autres nations, le droit de ces dernières est violé : et comme la réparation d'une violation du droit est une cause légitime de guerre (1), elles peuvent entrer de force sur le territoire qui leur est interdit, et poursuivre tous les droits de la guerre.

Mais si une violation du droit atteint un Etat qui ne soit pas assez puissant pour en demander réparation, les autres Etats doivent-ils en rester les témoins impassibles ? non. Les Etats, avons-nous vu, ne sont pas dans un tel isolement que chacun ait le droit de faire absolument chez lui tout ce qui lui plaît : ils sont unis par une organisation juridique, et la communauté internationale est directement atteinte par toute injustice, quels qu'en soient les auteurs, quelles qu'en soient les victimes. Et telle est la solidarité qu'elle établit entre les divers Etats que chacun d'eux peut agir comme son organe et poursuivre au nom de la « société humaine » (p. 402) la réparation de l'injustice. Les Etats doivent faire respecter non seulement leurs droits subjectifs, mais encore la loi objective internationale. Ainsi les Espagnols avaient le droit de faire la guerre aux Indiens pour défendre les innocents contre la pratique des sacrifices humains et l'anthropophagie : *Quia unicuique mandavit dominus de proximo suo*. Chacun a le devoir de défendre son prochain. On trouve des idées analogues dans les théories anglaises, notamment celles de Phillimore sur les « délits du droit des gens ». Mais la théorie de Vitoria est beaucoup plus vaste, tant au point de vue de la nature des délits, que du lieu où ils peuvent être réprimés : pour Phillimore, il n'y a que certaines violations de la justice qui peuvent être considérées comme délits de droits des gens : la traite des noirs, la piraterie ; leur répression ne peut

(1) *Causa belli justi est ad propulsandam et vindicandam injuriam*, S. Thomas d'Aquin *secunda secundæ*, 9 v. 40.

être poursuivie par les navires qui ne sont pas de la nationalité des délinquants que dans la haute mer. Au contraire, pour Vitoria, chaque Etat est chargé d'une police mondiale ; soldat du droit, il doit en poursuivre toutes les violations, même sur le territoire des autres Etats : il est difficile d'être plus loin que Vitoria du principe de non intervention.

Les Etats ont donc le devoir de faire respecter par tous les moyens le droit international ; et, si cette extrémité est nécessaire, ils peuvent soumettre complètement la nation récalcitrante (1).

Vitoria, en somme, n'est pas un juriste : sa conception du droit international n'en est pas moins intéressante à étudier pour les jurisconsultes. — Ce n'est que postérieurement à lui qu'on a appliqué au droit public les méthodes juridiques : on en a abusé (Cf. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi objective*). A vouloir soumettre étroitement les relations internationales aux règles du droit civil on est arrivé à des conséquences absolument inacceptables. L'erreur fondamentale a consisté dans la fiction qui assimile les groupes politiques à des personnes : dès lors le droit des Etats sur leurs territoires sera régi par les règles du droit de propriété. Les Etats seront originairement dans la situation d'individus entre lesquels n'existe aucun rapport particulier ; ils n'auront d'autre obligation réciproque que celle de respecter mutuellement leur indépendance ; si elles établissent entre elles des relations, ces relations seront soumises à la théorie des contrats, etc... Les exemples abondent des solutions iniques auxquelles aboutit l'application aux relations internationales des idées de personnalité et de contrat : L'engagement pris par la Prusse au traité de Presbourg de consulter les habitants du Sleswig était sans valeur.

(1) *Hispani si omnibus modestissime tentatis, non possunt consequi securitatem cum barbaris seu Indis nisi civitates occupando et subjiciendo illos, hoc facere licite possunt.*

Pourquoi ? En vertu d'une règle de droit civil : *res inter alios acta...* Alexandre Ier a promis solennellement de respecter les libertés de la Finlande. Cette parole d'empereur n'a créé aucun droit au profit de la Finlande. Pourquoi ? parce que, au point de vue *du droit civil*, c'est une simple pollicitation qui ne devait lier celui dont elle émane que si elle était acceptée par une personne capable. Or, la Finlande n'aurait pas la personnalité juridique internationale ! — A quelles contradictions, à quelles théories incertaines et hésitantes a abouti le principe inspiré par le droit civil de l'indépendance des Etats ! Les jurisconsultes qui l'admettent ou bien restent dans la logique et alors aboutissent à l'injustice, ou bien admettent des exceptions qui détruisent le principe. E. de Martens ne l'admet d'une manière absolue que pour les Etats civilisés : Y a-t-il un jurisconsulte admettant le principe de l'indépendance des Etats qui blâme l'intervention en faveur des Arméniens et des chrétiens d'Orient ? Dira-t-on que cette intervention est contraire au droit, mais conforme à l'humanité et à la justice ? Y aurait-il un droit contraire à l'humanité et à la justice ? — Un principe juridique pour être vrai ne doit pas être contraire à la réalité. Or, en fait, les Etats ne sont pas indépendants : ils sont *solidaires*. Le droit international pour être harmonieux et logique, pour répondre aux besoins de l'humanité ne doit pas être construit sur des abstractions *a priori* ou sur des fictions contraires à la réalité : il doit être basé sur les faits et notamment sur cette réalité initiale, sur ce fait fondamental : la solidarité des groupes politiques. C'est ainsi que le comprend Vitoria.

Nous allons retrouver ce *réalisme* de Vitoria en étudiant avec lui les modes d'acquisition de la souveraineté dans le droit international.

*
* *

Vitoria reconnaît d'abord une sorte de prescription acquisitive : il ne faut pas examiner à fond les droits et les

titres des princes sur les territoires qu'ils possèdent de bonne foi et dont ils ont la possession paisible : car, comme le dit Aristote (3 *Ethique*), si les princes devaient fournir tous les titres de leur souveraineté depuis l'origine, tous les fondements de la société seraient continuellement remis en discussion : rien ne serait établi.

La question de la légitimité de la possession ne peut se poser que pour les territoires nouvellement acquis : la mainmise de l'Espagne sur les immenses domaines du Nouveau Monde est-elle légitime ? C'est cette question concrète que Vitoria examine devant ses disciples et à propos de laquelle il expose des idées de droit international que nous allons analyser.

Tout d'abord il repousse une objection préjudicielle : personne ne conteste la légitimité de la domination espagnole sur les Indes ; la question est donc oiseuse. Mais il ne faut pas oublier que Vitoria est casuiste : le fait accompli n'est pas une excuse pour la conscience, alors même que personne ne critique une action, que cette action est bonne en elle-même, il y a péché à ne pas éclairer sa conscience sur la légitimité de cette action auprès de ceux qui étudient plus spécialement la sagesse et la justice. *Qui in hujus modi dubiis inconsultis sapientibus aliquid agit, peccat, tametsi quod agit alioqui liceret* (1).

En quelques mots Vitoria écarte résolument les vieux arguments traditionnels, le droit de l'Empereur, la donation du Pape. Vitoria, nous l'avons vu, regarde comme une flatterie de légistes aussi dépourvus d'indépendance que de savoir la théorie de la souveraineté universelle de

(1) *Nam primum cum videamus totum illud negotium administrari per viros et doctos, et bonos credibile est recte et juste omnia tractari. Deinde cum audiamus tot hominum cædes, tot spolia hominum alioqui innoxiorum deturbatos tot dominos possessionibus et ditionibus suis privatos dubitari merito potest jure an injuria hæc facta sint : et sic hæc disputatio non videtur omnino supervacuanea et per hoc patet responsio ad objectionem*, p. 314.

l'Empereur (p. 341) ; où le sujet devient plus délicat, c'est quand Vitoria se voit obligé, en conscience, de combattre un argument qui devait être cher à ceux qui l'entouraient : le Pape a donné les Indes à l'Espagne (1).

L'auteur est obligé de constater que ses compatriotes tiennent tout particulièrement à cette théorie et qu'ils mettent de la véhémence à la défendre (2). Il n'hésite pas cependant à la rejeter. Le Pape n'a pas pu donner la souveraineté des Indes aux Espagnols parce qu'il ne peut pas donner ce qu'il n'a pas (3). En effet, le Pape n'a aucune souveraineté temporelle ou civile sur le monde ; il peut sans doute, comme souverain spirituel, donner des ordres qui intéressent les affaires temporelles aux princes qui reconnaissent son autorité ; mais il ne peut avoir ce droit à l'égard des infidèles ou des barbares sur lesquels il n'a aucune juridiction (4).

Le Pape n'a donc pu à aucun point de vue disposer des Indes au profit des Espagnols. Mais alors le Pape s'est-il rendu coupable d'une usurpation de pouvoir et la bulle d'Alexandre VI est-elle sans portée ?

(1) Il s'agit de la fameuse bulle du 14 mai 1493, par laquelle Alexandre VI donnait aux Espagnols tous les territoires découverts ou à découvrir par eux à l'occident ou au midi d'une ligne idéale du pôle arctique au pôle antarctique, dite la ligne Alexandrine ; ceux situés à l'est ou au nord appartiendraient aux Portugais. Le traité de Tordesillas modifia ce partage du monde (7 juin 1494).

(2) *Secundus titulus qui prætenditur et quidem vehementer asseritur ad justam possessionem illarum provinciarum est ex parte summi Pontificis*, p. 349.

(3) *Papa non est dominus civilis aut temporalis totius orbis loquendo proprie de dominio et potestate civili. Et fatetur doctissimus Innocens in d. c. per venerabilem se non habere potestatem in regno Franciæ* (p. 352). *Et quod dixit Dominus Petro « Pasce oves meas » satis ostendit esse potestatem in spiritualibus et non in temporalibus.*

(4) *Papa habet potestatem temporalem in ordine ad spiritualia... Papa nullam potestatem temporalem habet in barbaros Indos neque in alios infideles.*

Le Pape, explique Vitoria, a pour mission essentielle la propagation de la foi : il a le droit de régler les choses temporelles des princes chrétiens pour qu'elles aident à atteindre ce but ; en conséquence, s'il estime que les Espagnols sont les plus aptes à propager la foi chrétienne, il peut les en charger exclusivement ; il peut interdire aux autres la prédication, et, s'il le juge utile, le commerce dans certains pays. Si, en effet, plusieurs princes chrétiens étaient chargés de la même mission ils pourraient se gêner mutuellement et occasionner des troubles sanglants (p. 397).

Le Pape a dû tenir compte non seulement des moyens particuliers dont disposaient les Espagnols pour propager la foi chrétienne, mais encore de cette considération d'équité, que c'est à eux qu'est due la découverte du Nouveau Monde et qu'il est juste qu'ils en jouissent seuls.

La bulle d'Alexandre VI n'a donc constitué qu'une répartition par l'autorité compétente de la prédication chrétienne entre des princes qui ne se disaient mûs que par le désir de la propagation de la foi. Ce n'est pas un partage de territoire : c'est tout au plus, pour parler le langage moderne, l'attribution de sphères d'influence. Les Espagnols ne tiennent pas du Pape le droit de prêcher l'Evangile ; ils le tiennent du droit des gens ; le Pape leur a seulement donné un monopole à ce sujet : à la prédication, aux efforts de convertir par la voie de la persuasion se bornent les droits des Espagnols (1).

La question de la légitimité de la possession des Indes

(1) Holtzendorff, *Handbuch*, p. 32, présente comme un des obstacles au développement du droit international avant la Révolution française la méconnaissance de l'Etat historique comme la base du développement et de la réalisation de l'idée de droit : « le droit des gens a procédé d'une abstraction universelle et imparfaitement conçue, celle d'un état des sociétés à créer ou à rétablir universellement dans sa prétendue perfection naturelle et devant laquelle l'état historique était considéré comme une entrave et une cause de ruine ». Ce reproche ne peut s'adresser à Vitoria qui, au con-

par l'Espagne reste donc entière après la bulle d'Alexandre VI. Abandonnant les arguments extra-juridiques, Vitoria examine alors les titres de droit international que peuvent faire valoir les Espagnols.

Il y a d'abord le droit du premier occupant (*jus inventionis*) ; à l'origine on n'en invoquait pas d'autre. Mais l'occupation n'est un mode d'acquisition que des territoires sans maître (*illa quæ sunt deserta* ; *quod in nullius bonis est*). Les territoires occupés en fait par les tribus barbares devaient-ils être considérés comme des territoires sans maître ? Les Indiens étaient-ils capables d'avoir sur eux des droits de propriété et de souveraineté ? Cette question souleva en Espagne un immense débat qui divisa les théologiens et les jurisconsultes : d'un côté les légistes et les casuistes officiels niaient aux Indiens toute espèce de droit : à leur tête Jean Ginès de Sepulveda, chapelain et historiographe de Charles-Quint, précepteur de l'infant don Philippe, ensuite tout l'Ordre des Franciscains. A l'opposé, les droits des Indiens avaient de nombreux et éloquents défenseurs, l'Ordre de Saint-Dominique tout entier, son représentant le plus illustre à cette époque, François de Vitoria, ses disciples, Melchior Canus et Dominicus Sotus ; quelques années plus tard (1552), Barthélemy de las Casas faisait entendre sa courageuse protestation contre les exploits de Pizarre et de ses compagnons (*Brevissima relacion de la destruccion de las Indias*).

On ne s'expliquerait pas le soin minutieux de Vitoria à établir les droits des Indiens, à réfuter les objections qu'on peut faire valoir pour en méconnaître l'existence si on oubliait de replacer la *Relectio de Indis* dans cette grande controverse.

Vitoria distingue très nettement la double question qui se pose :

traire, prend pour base de ses conceptions l'Etat historique : le pouvoir temporel existait antérieurement aux chefs de l'Église et il y avait des rois avant la venue du Christ (*de potestate ecclesiæ*)

1° Les Indiens, comme individus, avaient-ils la propriété privée des biens qu'en fait ils détenaient ?

2° Comme groupe, présentaient-ils une organisation politique qui imposât de leur reconnaître la souveraineté ? (1).

Avant l'arrivée des Espagnols, ils étaient en possession paisible et au point de vue privé et au point de vue public ; c'est donc aux négateurs de leurs droits à fournir leurs preuves.

Il rejette d'abord certains arguments tendant à conclure de l'état de péché ou d'infidélité à l'impossibilité d'être légitime propriétaire ou souverain, Vitoria se refuse toujours à confondre le domaine de la conscience et le domaine du droit : *Peccatum mortale non impedit dominium civile et verum dominium. — Dominium non perditur ratione infidelitatis. — Hæreticus jure divino non amittit dominium bonorum suorum ob hæresim commissam.*

Reste l'argument principal : les Indiens sont privés de raison, *insensati vel amentes* : les créatures non raisonnables ne peuvent avoir des droits, par conséquent ni propriété ni souveraineté ;... celui qui enlèverait sa proie au loup ou au lion, l'herbe au bœuf, ne commettrait pas plus de vol que ne viole le droit du soleil celui qui ferme une fenêtre pour l'empêcher d'entrer dans sa maison. Vitoria s'élève avec vigueur contre cette affirmation qu'il déclare contraire à la vérité : « les Indiens ont une notion exacte des choses évidentes ; ils ont une religion, ils font entre eux des échanges ; tout cela est l'indice de la raison ; ils sont aptes à recevoir le baptême : leur infériorité vient de l'insuffisance de leur éducation » ; il n'y a pas de différence entre les Indiens et bien des paysans espagnols : *cum etiam apud nos videamus multos rusticorum parum differentes a*

(1) P. 315. *Quæritur primo utrum barbari isti essent veri domini ante adventum Hispanorum et privatim et publice : id est utrum essent veri Domini privatarum rerum et possessionum et utrum essent inter eos aliqui veri principes et domini aliorum.*

brutis animantibus. (p. 334). Cependant, à ces paysans personne ne conteste le droit de propriété privée.

Donc, alors même que les Espagnols pourraient acquérir par occupation la souveraineté politique des Indes, ils devaient respecter les propriétés particulières chez les Indiens. Mais le peuvent-ils? Vitoria le nie. Les Indiens ont en effet une véritable organisation politique (*ordo rerum*), ils forment des Etats (*civitates*) ; ils connaissent le mariage et la famille ; ils ont des lois, des magistrats ; les crimes y sont réprimés ; ils ont, en un mot, la souveraineté (p. 334).

La conclusion est claire : les Indes ne constituent pas des territoires sans maître, les Espagnols ne pouvaient donc les acquérir par occupation (1).

Vitoria affirmait ainsi sans hésitation le principe du respect de l'indépendance des peuplades barbares et de leur souveraineté rudimentaire, solennellement proclamé par la conférence africaine de Berlin de 1885.

On ne peut donc acquérir par occupation la souveraineté de territoires sur lesquels vivent des peuplades douées de raison et ayant une certaine organisation sociale : cette souveraineté peut être acquise par convention volontaire, par traité (p. 379) (2). Mais ce traité doit être exempt des vices qui en entraîneraient la nutilité, l'erreur et la crainte. Or, les barbares ne savent ce qu'ils font ; ils ne comprennent pas ce que demandent les Espagnols ; d'autre part, que penser d'un consentement arraché par des troupes armées et puissantes? Vitoria voit dans la violence une cause de nul-

(1) *Jus autem gentium est ut quod in nullius bonis est occupanti conceditur : ut habetur expresse in D. feræ bestiæ. Unde cum illa bona non carerent domino non cadunt sub illo titulo.*

(2) *Hispani enim cum ad barbaras perveniunt significant eis quemadmodum rex Hispaniæ missit eos pro commodis eorum et admonet eos ut illum pro domino et rege recipiant et acceptant et illi retulerunt placere sibi et nihil tam naturale est, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferi ratam haberi. Instit. de rer. divis, per traditionem.*

lité du traité lui-même. C'est un idéaliste qui veut oublier que cette théorie laisserait subsister bien peu de traités.

Mais en outre, Vitoria se demande comment sont passés ces traités et ici on dirait un auteur moderne examinant la validité des prétendues conventions obtenues par les explorateurs des peuplades barbares. Le traité a-t-il été passé avec une véritable autorité compétente ? Le personnage qui a consenti était-il véritablement un chef ayant compétence pour traiter ? Et d'ailleurs le consentement des chefs n'est pas suffisant pour opérer cession de la souveraineté. Le peuple ne peut pas disposer de lui-même sans le consentement de ses princes ; mais, d'autre part, les princes ne peuvent disposer de lui sans son consentement : *sicut nec e contrario ipsi domini possunt novum principem creare sine assensu populi*, p. 380. C'est l'affirmation du principe du plébiscite d'annexion considéré non pas seulement comme une pratique louable de justice mais comme une condition de validité du traité. Pour que l'annexion soit valable il n'est pas nécessaire de l'unanimité, il suffit de la majorité qui impose sa décision à l'ensemble (1).

Il n'y a pas eu de traité régulier cédant la possession des Indes aux Espagnols ; d'autre part, ils ne l'ont pas acquise par occupation. — Quel titre peuvent donc invoquer les Espagnols ? c'est l'annexion imposée unilatéralement par la partie la plus forte : la conquête. Pour les auteurs modernes la conquête est un pur fait : — en droit, l'annexion n'est opérée que par un traité de paix ou par l'usucapion qui, en droit, vaut consentement. Et sans doute Vitoria ne soutient pas qu'il suffit de prendre pour acquérir juridiquement : il se place seulement devant cette hypothèse : un peuple voit son droit violé par un autre peuple ; il use de tous les moyens pour obtenir satisfaction ; de la persuasion d'abord,

(1) *Quælibet enim respublica potest sibi constituere dominum, nec ad hoc esse necessarius consensus omnium sed videtur sufficere consensus majoris partis*, p. 404.

de la guerre ensuite. Cela ne suffit pas : la guerre n'a pas produit son but qui est la paix dans la justice ; ce peuple dont le droit est violé n'a pas d'autre moyen de le faire respecter que l'annexion ; il annexe : c'est légitime. — Mais pour que pareille annexion unilatérale soit légitime, il faut que la guerre ait été juste de la part de l'annexant, ce qui ne serait pas si celui-ci avait cherché à faire valoir son droit dans le but unique d'arriver à l'annexion.

En ce cas l'annexion qui suivrait la guerre participerait de son injustice et serait un fait brutal sans valeur juridique. Si la guerre des Espagnols contre les Indiens est juste, s'ils ne sont pas partis avec l'esprit de conquête, mais seulement avec l'intention d'exercer les droits que leur donnait leur qualité de membres de la communauté internationale, alors ils ont pu s'emparer des Indes, s'ils n'avaient pas d'autres moyens de faire respecter ces justes droits. Il est toujours légitime de faire tout ce qui est nécessaire, pour atteindre ce but suprême de la guerre : la paix et la sécurité. Vitoria ne reconnaît en somme que conditionnellement la légitimité de la domination espagnole sur les Indes ; elle est légitime à la condition que les Espagnols aient procédé avec une loyauté et une conscience absolue : c'est là un point de fait qu'il n'examine pas. Ils faut qu'ils aient franchement essayé d'user pacifiquement de leurs droits et qu'ils n'aient pas cherché des causes fictives de guerre. A plusieurs reprises (p. 396, 400 et 407) il avertit ses compatriotes que la souveraineté des Indes ne leur appartient, en droit, que s'ils ont bien observé toutes les précautions qu'il indique, les prévient contre la tentation de prendre leurs intérêts pour les principes et de confondre leur avarice avec leur devoir (1).

(1) Il faut bien se rappeler ce que dit Paul, I, *ad Cor.*, I : *Omnia mihi expediunt, sed non omnia licent.* Les Espagnols ont eu le droit d'agir par la force des armes : mais je crains que la chose n'ait dépassé la limite que permettait le droit et la justice (*jus fasque*) ;

L'annexion, par acte unilatéral du vainqueur, ne doit être en somme qu'un moyen d'acquisition tout à fait exceptionnel ; un Etat ne doit y recourir qu'en désespoir de cause et lorsqu'il a épuisé tous les autres moyens de faire respecter son droit.

*
* *

Dans la première *Relectio de Indis* les grandes questions internationales ne sont pas examinées en elles-mêmes et pour elles-mêmes. Elles se présentent seulement comme arguments ou objections dans l'étude de la question principale de la légitimité de la domination espagnole sur les Indes. Au contraire, dans la seconde partie, malgré son titre *de Indis sive de jure belli barbarorum in Hispanos*, le droit de la guerre est étudié en soi d'une manière générale, abstraction faite des belligérants.

Ce n'est pas un traité de droit international sur la guerre, avec les développements que comporterait ce sujet : c'est une leçon d'un professeur de théologie qui donne à ses élèves un résumé des solutions les plus justes aux questions essentielles que soulève l'emploi de la force entre les nations (1).

il faut veiller à ce que ce qui est bon en principe ne devienne mauvais par accident, Ps. 100, p. 407 : *Et certe hoc posset fundari in præcepto charitatis cum illi sunt proximi nostri et teneamur bona illorum curare, et hoc (ut dixi) sit sine assertione propositum et etiam cum illa limitatione ut fieret propter bona et utilitatem eorum et non tantum ad quæstum Hispanorum.*

(1) Grotius qui a donné à son *traité* les développements que l'on sait, montre quelque dédain pour cette leçon *de jure belli* : « J'ai vu encore, dit-il dans son discours préliminaire, quelques traités particuliers du droit de la guerre composés par des théologiens, comme ceux de François de Vitoria, Henri de Gorckum, Guillaume Mathieu, Jean de Carthagena.... Mais tous ces auteurs ont dit très peu de chose sur un si riche sujet et la plupart le traitent avec si peu d'ordre et d'exactitude qu'ils brouillent et confondent tout, le droit naturel, le droit divin, le droit des gens, le droit civil, le droit canon. » La suite montrera, nous l'espérons, que, dans ce dédain, il y a beaucoup d'injustice.

Et tout d'abord remarquons qu'il ne fait pas une classe à part des représailles. Il les range tout simplement dans les moyens de guerre ; il s'éloigne en cela de la majorité de la doctrine (1) pour se rapprocher peut-être de la réalité des choses.

On sait en quoi consistaient essentiellement les représailles : les sujets d'un prince lésés par ceux d'un autre poursuivaient satisfaction sur ces derniers ; la caractéristique des représailles c'était de poursuivre la réparation d'un dommage sur les individus qui y étaient complètement étrangers par la seule raison qu'ils appartenaient à la même nationalité que les auteurs du dommage : « Ainsi, dit Vitoria, si des voleurs français pillaient des provinces espagnoles, et que le roi de France refuse de les contraindre à restituer, alors qu'il le peut, les Espagnols peuvent, de l'autorité de leur prince, spolier des marchands ou des agriculteurs français malgré leur innocence. »

Le principe de la solidarité de la responsabilité était si unanimement admis à cette époque que Vitoria ne songe pas à condamner, *en droit*, l'usage des représailles mais il en déconseille pratiquement l'emploi : « les lettres de marque ou de représailles : *literæ marcharum aut repræsaliarum*, qui sont concédées par les princes dans des cas de cette nature ne sont pas par elles-mêmes injustes, mais elles sont dangereuses et donnent occasion de rapines ».

Pour la guerre elle-même il ne pouvait se dispenser d'en examiner plus à fond la légitimité ; des chrétiens ont-ils à un degré quelconque le droit de tuer? C'est la question qui s'agitait depuis les origines du christianisme.

Tertullien (*de corona militis*), les Manichéens condamnaient absolument la guerre ; saint Augustin la justifiait par la nécessité.

Plus près de Vitoria, Luther, par un fatalisme exagéré,

(1) Notamment de Bynkershœck (*Quæstiones juris pub.*, t. I, l. XXIV. *Represaliis locum non esse nisi in pace*).

soutenait que les chrétiens n'ont pas le droit de prendre les armes même contre les Turcs : « Si l'infidélité venait à triompher de la chrétienté, ce serait par un effet de la volonté de Dieu à laquelle il est aussi interdit qu'inutile de résister. » En Angleterre on sentait déjà se préparer l'ardente campagne que Wycliffe, John Colet, Thomas More, Erasme, allaient mener contre la guerre.

Avec la loyauté ordinaire de sa méthode, Vitoria examinera leurs arguments. Les plus forts pour sa conscience de religieux sont ceux que l'on tire des textes sacrés ; Vitoria ne les élude pas ; il les cite intégralement. *Si quis te percusserit in dexteram maxillam tuam, præbe illi et alteram.* — *Ego dico vobis non resistere malo*, Matth. 5 et Matth. 26. — *Omnes qui acceperint gladium, gladio peribunt.* Et saint Paul dans l'épître aux Romains, 12 : *Non vos defendentes, charissimi, sed date locum iræ.*

Ces textes ne constituent pour notre auteur que des conseils de patience individuelle adressés aux chrétiens pour leur vie de chaque jour ; mais la guerre et le métier militaire ne sont pas condamnés : cela ressort des conseils de saint Jean-Baptiste aux soldats dans saint Luc, 3 : *Neminem concutiatis, nemini injuria feceritis.* — *Quod si*, ajoute Vitoria, *omnino bella culparet hoc potius consilium salutis petentibus in Evangelio daretur, ut abjicerent arma, seque militiæ omnino subtraherent. Dictum est autem eis : neminem concutiatis, contenti estote stipendio vestro* (p. 418).

La lettre des textes sacrés ne déclare donc pas la guerre illicite ; d'autre part, la loi évangélique ne condamne rien de ce qui est permis par la loi naturelle : or, la loi naturelle permet la guerre ; il est en effet unanimement admis qu'on peut prendre le glaive contre les ennemis du dedans ; à plus forte raison le peut-on contre ceux du dehors.

Pour la guerre défensive, il n'y a pas de doute : il est permis de se défendre. Quant à la guerre offensive, elle a pour but la réparation d'une injustice : l'injustice se per-

pétuerait si on ne la vengeait pas (p. 420). *Finis belli est pax et securitas,* dit saint Augustin, on n'aurait ni paix ni sécurité si les ennemis n'étaient pas effrayés par la guerre ; donc la guerre est permise, seulement un bon prince subit la guerre comme une nécessité fatale et il ne doit pas l'aimer (1).

Les auteurs de cette époque entendaient par guerre tout emploi de la force soit entre particuliers, soit entre Etats ; Vitoria prend le mot dans ce sens très large, mais fait une distinction très étroite : le particulier peut se défendre *in incontinenti* pour protéger sa vie ou ses biens ; seul l'Etat peut faire la guerre afin d'obtenir la réparation d'une injustice : *Respublica habet auctoritatem vindicandi injuriam* (p. 424).

La confusion, on le voit, était plus dans les mots que dans les idées.

Mais qu'est-ce qu'un Etat ?

C'est une communauté parfaite, *quæ est per se totum, id est quæ non est alterius rei publicæ pars, sed quæ habet proprias leges, proprium consilium et proprios magistratus.* (p. 225) (2).

Le droit de faire la guerre est un droit souverain et un Etat n'est pas souverain s'il ne l'a pas. *Respublica debet sibi esse sufficiens nec sufficeret sibi sine tali facultate.* (p. 425).

Vitoria en appliquant ces principes aux Etats confédérés, aux Etats en union personnelle, confirme que ce n'est que pour obéir à une tradition dont Grotius ne saura pas se dégager (liv. I, chap. XCI) qu'il parle de la guerre entre particuliers : le droit de faire la guerre est un droit souverain des Etats.

Les jurisconsultes du droit international négligent en gé-

(1) Cf. GROTIUS, *De jur. bel. ac. pac.*, lib. I, cap. II.

(2) Il est intéressant de rapprocher cette définition de celle que donne Bodin de la souveraineté.

néral la question de la justice ou de l'injustice des guerres ; que la guerre soit juste ou injuste, les effets sont les mêmes et les droits des belligérants ne sont pas modifiés. C'est le résultat de la spécialisation du droit international.

Au XVIe siècle il ne se distinguait pas de la morale et pour Vitoria c'est un chapitre de la théologie : il s'adresse aux futurs directeurs des consciences de ceux qui feront la guerre ; puisqu'il s'occupe de la conscience des belligérants, la première question est celle de la justice ou de l'injustice de la guerre.

Au point de vue des règles de conscience qui, à ces époques de foi catholique, avaient leur sanction dans le sacrement de pénitence, la question de la justice d'une guerre était importante non seulement en soi mais parce que tous les droits du belligérant découlaient de cette idée qu'il représentait la justice outragée (v. *infra*). A cette question de la justice de la guerre est intéressée non seulement la conscience des princes mais encore la conscience de tous ceux qui, à un titre quelconque, participent aux hostilités. Elle n'est pas résolue par la conviction intime du prince ; il faut que cette conviction soit basée sur des raisons sérieuses et qu'il ait cherché avec la plus grande diligence à s'éclairer de l'avis des hommes les plus sages et des plus compétents de la nation : si la bonne foi n'est pas le résultat d'un entraînement de passion, si elle est acquise ou confirmée par un examen sérieux et approfondi de la cause de la guerre, alors la guerre est juste, même si sa cause ne l'est pas. Il n'y a d'absolument bon que la bonne volonté (1).

Si le moindre doute s'élève dans son esprit, il n'a pas le droit de recourir aux armes : *si princeps unus sit in legi-*

(1) Il en résulte que la guerre peut être juste des deux côtés : Ainsi la Bourgogne appartient en droit à Charles-Quint ; mais le roi de France est de bonne foi quand il défend sa souveraineté sur cette province.

tima possessione manente dubio non possit alius bello et armis repetere. En cas de doute, la cause de la paix, le *statu quo*, doit toujours être préférée, celui qui est en possession paisible a le droit de s'y maintenir même si son droit est douteux.

La même question de la justice de la guerre s'élève devant la conscience des sujets, mais ils ne sont pas tenus au même degré de certitude et aux mêmes précautions pour former leur conviction que ceux qui sont chargés de les diriger : ils peuvent suivre l'opinion de la majorité. Sans cette conviction de la justice de leur cause, il est interdit au sujet d'aller à la guerre même sur l'ordre du prince : *Si subdito constet de injustitia belli, non licet ei militare etiamsi princeps imperet.* Mais l'ordre du prince suffit dans le cas de guerre défensive ou dans le cas où la question de la justice de la guerre est douteuse. Les mercenaires ont le même devoir de s'enquérir des causes de la guerre.

Quelle peut donc être la juste cause de la guerre ? Suffit-il pour la justice de la guerre que l'ennemi soit infidèle ? Le danger arabe souleva la question ; les tribus de l'Est de l'Europe la renouvelèrent au xve siècle ; la découverte des Indes lui rendait son actualité. Elle divisait les juristes, les canonistes et les théologiens.

Une école, représentée par Henri de Suse (1), refusait aux infidèles toute espèce de droit ; la guerre était donc toujours permise contre eux, comme contre les bêtes sauvages. Au contraire, Sinibalde de Fiesque (qui devait être Innocent IV)(2) limitait les causes de guerre contre les infidèles aux cas suivants : pour se défendre, pour reprendre des terres chrétiennes, pour conquérir la terre sainte. Vitoria, lui, est clair : *Causa justi belli non est diversitas religionis.* Il condamne les guerres de religion. — L'*Impérialisme* non plus ne

(1) *Summa aurea L. V, rubria de Saracensis.*
(2) *Apparatus in quinque libros decretalium.*

suffit pas à justifier une guerre : *Imperii amplificatio non est justa causa belli* ; il en est de même de la gloire du prince ou de ses intérêts : *Principis gloria propria, aut aliud commodum non est belli justa causa.*

Il n'y a qu'une juste cause de guerre : *c'est la violation d'un droit*, d'une règle juridique (*injuria accepta*) ; le prince n'a pas plus d'autorité sur les étrangers que sur ses sujets : or, il ne peut tirer le glaive contre ses sujets que s'ils ont violé le droit (p. 618). Mais une violation quelconque du droit, quelle qu'en soit la gravité, ne justifie pas la guerre : en effet, il n'est pas permis d'appliquer à n'importe quelle infraction les peines atroces, mort, exil, confiscation. *Juxta mensuram delicti debet esse plagarum modus*, toute injure n'est pas juste cause de guerre comme toute faute n'est pas juste cause de mort.

J'en ai dit assez pour qu'on s'étonne que Grotius (*de jure belli ac pacis*, Prolégomène) lorsqu'il reproche à ses prédécesseurs l'insuffisance de leurs recherches sur la justice ou l'injustice des guerres ne fasse pas une exception pour Vitoria.

Vitoria, on l'a vu, a très sérieusement approfondi ce sujet ; et dans leur ensemble ses solutions sont conformes au sentiment commun de la justice internationale. Si on avait à lui adresser une critique elle serait inverse de celle de Grotius : on pourrait relever une analyse beaucoup trop subtile et aussi cette trop grande rigueur logique qui aboutit à rendre chaque soldat juge de la justice de la guerre, lui imposant la désobéissance si la guerre est injuste. Mais il ne faut pas oublier qu'il ne s'agit pas de politique internationale, mais de questions de conscience : le casuiste a des délicatesses de raisonnement que doit ignorer le publiciste.

Les droits du belligérant découlent de cette idée qu'il est l'organe du droit : or, l'organe normal du droit sur les ennemis c'est leur prince : comme il ne remplit pas son

rôle, le prince belligérant se substitue à lui et devient par conséquent comme leur prince (1). En théorie, l'effet de la guerre n'est donc pas pour Vitoria, comme on l'a dit trop souvent, de supprimer tous liens entre adversaires mais bien au contraire de soumettre les ennemis à la juridiction du prince qui a juste guerre ; la nécessité en fait ses sujets momentanés ; on voit tout de suite les conséquences d'importance primordiale qui découlent de cette théorie : c'est qu'il n'y a pas de différence entre la guerre internationale et la guerre civile ; dans les deux cas la guerre est la poursuite par la force de la réparation d'une violation du droit : c'est l'idée que paraît s'en faire Vitoria.

La réparation ou la punition de l'injure ne doit être poursuivie que contre ceux qui l'ont commise, et contre ceux qui s'opposent par la force à ce qu'elle soit réparée ou punie, *sed injuria non est ab innocente* (p. 446), d'où la distinction entre *nocentes* et *innocentes* qui correspond à peu près à la distinction moderne entre les combattants et les non combattants. C'est encore par un argument emprunté à l'ordre interne qu'est justifiée cette immunité des personnes pacifiques et de leurs biens : « Dans l'intérieur de la République il n'est pas permis de frapper les innocents pour les crimes des coupables ». Il faut en conséquence épargner les femmes, les petits enfants, les agriculteurs, les clercs, les religieux et en un mot toute la *gens togata et pacifica.* A plus forte raison n'a-t-on pas le droit de maltraiter les neutres : *Hac etiam ratione sequitur quod nec licet interficere nec peregrinos nec hospites qui versantur apud hostes quia præsumuntur innocentes nec vera re sunt hostes* (p. 447). Cependant il est des cas où les innocents

(1) *Belli princeps jure belli autoritatem habet in hostes sicut legitimus judex et princeps*, p. 456. Cf. p. 431 : Le prince qui fait une juste guerre est juge en matière de guerre, p. 463. *Item malefactores intraneos licet punire hoc modo scilicet privando illos domo aut agro aut arce pro rei qualitate : ergo etiam extraneos... jure belli princeps factus est tamquam judex*, p. 463.

souffriront de la guerre ; c'est, par exemple, ce qui arrive au cas de ce qu'on appelle aujourd'hui bombardement : c'est-à-dire ce moyen de guerre qui consiste à faire pleuvoir sur une ville des projectiles incendiaires ; ce moyen est, en principe, licite ; seul il permet en certains cas d'atteindre les *veros nocentes* mais il ne faut l'employer qu'au cas d'extrême nécessité, « il ne faut pas faire à l'ennemi plus de mal que cela n'est nécessaire au but de la guerre entreprise (1) ». *Si enim ad summam belli victoriam parum confert expugnare arcem aut oppidum ubi est præsidium hostium et sunt multi innocentes, non videtur quod liceat ad expugnandum paucos nocentes occidere multos innocentes subjiciendo ignem vel machinas vel alia ratione qua indifferenter opprimuntur innocentes cum nocentibus* (p. 449).

Les non combattants ne doivent pas, en principe, subir les effets de la guerre, mais il y a quelque exagération à dire avec la plupart des auteurs modernes que la guerre n'existe qu'entre les Etats et les armées : Il y a, pourrait-on dire, des ennemis combattants et des ennemis non combattants. La qualité de sujet de l'Etat ennemi n'est pas indifférente. Ils peuvent en effet être dépouillés de ce qui est utile à l'usage de guerre, armes, navires, engins, argent, blé, chevaux. Ces atteintes à la propriété particulière des sujets ennemis ne peuvent se justifier que par une nécessité absolue : *si bellum satis commode geri potest non spoliando agricolas aut alios innocentes, videtur quod non liceat eos spoliare.* Quant aux neutres, ils ne peuvent à aucun degré être considérés comme des ennemis ; leurs biens doivent donc, comme leur personne, rester dans tous les cas à l'abri de toute atteinte (p. 451) (2).

(1) Pillet, *Le dr. de la guerre*, t. I, p. 169 (1892).

(2) Ce principe de l'inviolabilité de la propriété neutre sur le théâtre de la guerre qui apparaît comme évident dans l'œuvre de Vitoria est encore sujet à controverses ; il a été violé à plusieurs reprises dans la dernière guerre franco-allemande. Kleen, *Lois et usages de la neutralité*, t. II, p. 73.

La nécessité qui seule peut justifier les atteintes à la propriété des ennemis non combattants en donne aussi la mesure ; on ne peut leur enlever que ce qui est strictement nécessaire à l'usage de la guerre. Ce qui en fait n'a pas été employé à cet usage doit être restitué après conclusion de la paix. Les non combattants peuvent aussi avoir à souffrir du pillage. Les nécessités de la guerre pourraient dans certains cas le légitimer ; il n'est pas illicite s'il est le seul moyen d'arriver au but de la guerre ; mais le pillage aboutit à de tels excès de la part d'une soldatesque barbare, que Vitoria déclare ce moyen de guerre *periniquum* de la part d'une grande nation chrétienne.

Quant aux moyens de nuire aux combattants, Vitoria adopte, le plus souvent sans les motiver, la plupart des solutions aujourd'hui couramment admises ; il serait sans intérêt de les analyser. — Remarquons seulement que c'était encore à cette époque une assez grande nouveauté que de parler des lois de la guerre et d'écrire un *de jure belli*. Pendant tout le Moyen Age qui finissait à peine, la guerre n'avait été dominée que par une seule loi : les adversaires doivent se faire le plus de mal possible. La plus plus grande cruauté était sa seule règle ; les pires atrocités étaient louables ; les moyens les plus barbares étaient permis : on empoisonnait les armes, on mutilait les prisonniers quand on ne les massacrait pas ; on rasait les villes ; le plus souvent la guerre se déshonorait par les violations de la parole donnée ; toute perfidie était bonne si elle nuisait à l'ennemi.

Vitoria réagit contre cette conception de la guerre ; le belligérant ne doit pas se considérer comme ayant le droit d'user sans discernement de la force qu'il a entre les mains. C'est un justicier qui veut prévenir ou réprimer une violation du droit ; il doit donc agir avec la modération d'un juge, sans passion et sans cruauté.

Comme juge, le premier élément dont il devra tenir compte c'est la bonne foi du prévenu, c'est-à-dire de l'ad-

versaire. Dans le cas où la guerre est juste du côté de l'adversaire, le belligérant devra agir avec un maximum d'humanité et de modération. C'est le cas, par exemple, de la guerre entre les Espagnols et les Indiens (p. 394). Les Espagnols devront prendre en considération la nature craintive (meticulosa) des Indiens, leur ignorance, leur intelligence primitive ; ils doivent comprendre qu'en voyant arriver des hommes d'aspect nouveau, inconnu et terrifiant, puissamment armés, ils ont pu douter de leurs intentions pacifiques et suivre les inspirations de la crainte. Les Indiens ne sont donc pas des coupables ; ce sont des ignorants. La guerre est juste de leur côté et les droits des belligérants espagnols se trouvent réduits de ce fait ; ceux-ci ne pourront donc que pourvoir à leur sécurité et ne pas poursuivre les autres droits de la guerre. — Quels sont ces droits ?

La qualité de justicier qui est reconnue au belligérant, entraîne pour le vaincu la qualité de perdant ou de coupable. Dès lors, lorsque les ennemis se sont rendus, lorsqu'il n'y a plus rien à craindre d'eux, ils doivent être assimilés à des coupables enfin saisis par la force publique. La justice veut qu'ils subissent le châtiment de leur faute, la prudence impose de prévenir le retour de cette faute *timore supplicii* (p. 451). La logique semble entraîner dans ce cas une conséquence terrible : le massacre des prisonniers. Mais Vitoria fait remarquer que toutes les infractions ne méritent pas la mort et que surtout rien ne justifie des atrocités inutiles. Dans le droit interne, lorsqu'un crime est commun à toute une ville ou à toute une province, il n'est pas permis de massacrer tous les délinquants. Ambroise excommunia Théodose pour un excès de cruauté de cette nature (p. 436) ; le châtiment doit être proportionné au crime commis : *omni atrocitate et inhumanitate seclusa* ; *oportet ut pro mensura delicti sit plagarum modus nec ultra progrediatur vindicta.*

Mais surtout le juge doit tenir compte de la bonne foi de

ces combattants qui se présentent devant lui comme des prévenus ou des accusés. Or, la bonne foi des soldats doit être présumée ; il est donc interdit de tuer en dehors du combat. *Et ideo cum jam victi sunt et non est periculum ab illis, credo quod interfici non possunt, non modo omnes, sed ne unusquidam ex illis, si præsumitur, quod bona fide in prælium venerunt* (p. 458) (1).

Le juge ne se borne pas à appliquer la peine ; il statue encore sur la réparation des dommages causés et sur les dépens de l'instance : la réparation du dommage causé et les frais de la guerre sont compris dans une indemnité qu'exige le prince et qu'il doit calculer exactement d'après le dommage subi et les frais avancés en déduisant ce qu'il

(1) Vitoria admet cependant un cas où le massacre général est de règle : c'est le cas de guerre avec les Turcs. Cette solution rigoureuse étonne d'abord chez Vitoria, mais elle s'explique. Par réaction contre les idées qui dominaient pendant le Moyen-Age, il est admis par la plupart des auteurs que c'est à la chrétienté seule qu'on doit l'antagonisme qui existait entre elle et le monde musulman : « l'Europe, tant qu'elle était dominée par la Papauté, se considérait comme l'ennemie irréconciliable du monde musulman comme de tout le monde non chrétien » (*Tchernoff*, p. 36). C'est le Pape qui aurait commencé ; ce n'est pas tout à fait exact : on oublie un peu trop que le Coran fait de la guerre perpétuelle contre les chrétiens un devoir pour ses adeptes ; que le prisonnier qu'on relâchait était un ennemi assuré du lendemain, que, par conséquent, si on n'excuse pas, on doit au moins comprendre que Vitoria ait vu dans l'anéantissement de l'ennemi le seul moyen d'atteindre le but essentiel de la guerre qui est la paix et la sécurité. François Ier (*ib.* p. 36) est présenté comme ayant rompu avec la tradition de la chrétienté en traitant avec les infidèles ; mais ne sont-ce pas plutôt les infidèles qui ont rompu avec leurs principes, comme l'atteste la forme et la valeur *temporaire* des premières capitulations, qui ne constituaient que des trêves. Si les Français d'alors avaient perdu le souvenir de la bataille de Poitiers, les monuments magnifiques de l'art arabe contribuaient à entretenir chez les Espagnols, comme Vitoria, le long ressentiment de l'occupation sarrazine.

a déjà touché en butin de guerre (p. 631). La réparation peut être exigée sous forme de tributs (p. 463).

Tout l'esprit de ce *de jure belli* est condensé dans ce que Vitoria appelle les *tres canones belli gerandi* (p. 466).

1° Le prince ne doit pas chercher les occasions et les causes de guerre; ce n'est que contraint et forcé qu'il doit se résoudre à la nécessité de la guerre.

2° Il faut faire la guerre non pour le mal de l'ennemi, mais pour le bien de la patrie.

3° Il faut user de la victoire avec une modération chrétienne. Il ne faut pas oublier qu'il n'est pas juste que les sujets souffrent pour les fautes des princes.

Ces principes pour l'époque de Vitoria étaient doublement remarquables : d'abord par leur humanité, ensuite et surtout par leur universalité . Il ne faut pas oublier en effet que le seul titre : *Secunda relectio des Indis, sive de jure belli*, indiquant qu'on allait traiter du droit de la guerre à propos des Indiens, constituait une prise de position très nette dans une grave controverse entre jurisconsultes et casuistes.

On a peut-être, à notre sens, parlé un peu à la légère de la laïcisation du droit international. Les uns la font dater du traité de Westphalie ; d'autres en attribuent le mérite à Grotius, quelques-uns à Puffendorff. C'est donc une idée qui doit être mise au point. Nous croyons qu'on pourrait trouver chez les canonistes la plupart des principes du droit public moderne. On leur attribue trop souvent des idées qui ne datent que du XVIIe ou du XVIIIe siècle. La tradition canonique de saint Paul à Bellarmin, en passant par Jean Chrysostome et Thomas d'Aquin, affirme le principe de la souveraineté nationale. C'est Bossuet qui invente le droit divin des rois. L'ultramontanisme moderne a tenté un droit international chrétien ; le droit international des canonistes et de Vitoria (la doctrine moderne n'a formulé aucun principe fondamental qui ne soit chez eux) est purement

humain. Quoique cela puisse paraître au premier abord paradoxal, ce dominicain a préparé la voie à ceux qu'on a appelés les laïcisateurs du droit international : il n'admet pas qu'il y ait une justice internationale pour la chrétienté seule à l'exclusion du reste du monde ; la même justice est due à l'humanité tout entière ; les souverains ne doivent rien de leur pouvoir au Pape ; l'Etat historique compte seul comme sujet de droit ; il y avait des rois avant la venue du Christ. — C'est une conception toute moderne de la communauté internationale.

D'application universelle, ces principes sont en général de caractère absolu : Vitoria va devant lui, conduit seulement par la logique. La considération qu'un principe pourrait servir de prétexte à des abus ne le lui fait point repousser. C'est qu'au point de vue de la conscience, qui intéresse seul Vitoria, l'abus d'un principe en constitue la violation. Ainsi l'intervention est condamnée par tous les auteurs à cause du principe de l'indépendance des Etats, sans doute, mais surtout parce qu'elle servirait trop facilement les calculs égoïstes des forts qui opprimeraient les faibles. Vitoria admet l'intervention pour empêcher des violations de justice. La conscience du prince intervenant saura l'avertir s'il agit par ambition ou par intérêt (1).

Il repousse la validité des traités qui seraient imposés par la violence ; n'y a-t-il pas une certaine hypocrisie à assimiler aux concessions volontaires celles qui sont arrachées par un adversaire triomphant ? Il condamne ce procédé. L'annexion unilatérale imposée par la nécessité ou infligée par le souverain ennemi considéré comme justicier lui paraît plus franche et plus loyale.

Cette théorie du belligérant justicier, il serait dangereux de l'admettre en droit international ; le belligérant pourrait l'invoquer pour exagérer ses droits. Mais cette exagération serait condamnée par la conscience, cela suffit.

(1) Les idéalistes sont interventionnistes : Vitoria, La Révolution française.

Il pose des principes ; il en tire des conséquences logiques et les affirme ; peu lui importent après cela les conséquences pratiques : l'immigration est un droit. Mais si elle devient un envahissement ? Si elle constitue un danger pour le travail national ? Ce sont des hypothèses qu'il n'examine pas. La conscience interdit de participer à une action injuste : par conséquent, si le soldat a conscience de l'injustice de la guerre il ne doit pas y participer. Vitoria pose simplement ce principe de la souveraineté de la conscience individuelle sans vouloir en examiner les conséquences redoutables pour l'ordre public et la vie des Etats.

Ce n'est pas cependant qu'il soit un logicien féroce, n'apercevant pas les conséquences pratiques de ses principes, raisonnant sur les hommes comme sur des chiffres ; il le prouve en condamnant les représailles. La logique les approuve, mais la conscience doit les réprouver à cause des abus, des cruautés, des vexations auxquelles elles donnent trop facilement lieu.

Il se borne seulement à poser les règles d'un droit international idéal que pourrait accepter la conscience la plus délicate. Le publiciste doit rejeter certaines règles dont l'abus serait trop facile : il n'en est pas de même du casuiste. L'usage et l'abus ne peuvent se confondre devant Dieu, juge souverain des consciences.

Le droit international, pour être pratique, a dû descendre de ces hauteurs. Il a dû tenir compte des abus possibles, du conflit des passions, des intérêts, des ambitions. Il n'a pas légiféré pour des consciences timorées mais pour un monde où la justice absolue n'est pas toujours la règle des relations entre l'Etat. Il établit une sorte de compromis entre ce qu'on pourrait appeler la politique et cette justice idéale.

Le progrès a consisté naturellement à diminuer la part de la politique, à augmenter celle de la justice ; aussi doit-on regretter que l'influence de Vitoria n'ait pas été plus considérable sur le développement du droit international.

J. Barthélemy.

Albericus Gentilis

(1552-1608)

I. Sa Vie. —Sa Mort. — Sa Résurrection.
II. Ses Œuvres. *a*) Le *Dejure belli*; *b*) Le *De legationibus*; *c*) L'*Advocatio Hispanica*; *d*) Le *De Unione regnorum Britanniæ*.
III. Sa Méthode.
IV. Conclusion.

Albericus Gentilis occupe une place à part parmi les Prégrotiens : il est le représentant éminent de l'école historique.

Des deux écoles qui se sont toujours disputé le domaine du droit international, parce qu'elles répondent à deux tendances divergentes de l'esprit humain, l'école philosophique avait jusque-là triomphé : les théologiens, édifiant le droit sur des principes abstraits, sur des données philosophiques déduites de la nature de Dieu, de celle de l'homme ou de celle de l'Etat, fondaient ainsi un droit idéal souvent fort différent de la pratique internationale.

Suarez cependant signalait déjà la distinction dont il eut conscience entre les préceptes rationnels et les usages internationaux.

Avec Gentilis, c'est l'école historique qui l'emporte : se basant avant tout sur les faits et les règles établis par la coutume ou les traités, il se garde d'émettre des principes absolus et se contente d'indiquer des tendances.

La raison en est simple : amené par les préceptes de sa religion à repousser une partie de la doctrine des théolo-

giens catholiques et spécialement l'*Imperium* du Pape et la Communauté des Etats dans le sein de l'Eglise (1), il n'a plus en face de lui pour édifier son œuvre que les matériaux bruts employés par ses prédécesseurs, que les faits de l'histoire ; et d'autre part la science n'est pas encore assez développée pour qu'aux conceptions séculaires qu'il repousse, il ait le temps de construire de toutes pièces et de substituer une doctrine nouvelle.

Emancipant ainsi le droit international de la tutelle de la théologie, il ne peut encore en dégager la consistance, mais il commence à en déterminer les bases : il ne voit dans ce droit que les rapports fournis immédiatement par la nature ou ceux qui présentent un caractère de nécessité, d'universalité ou « d'humanité », pour user d'une expression qu'il emploie fréquemment ; mais il entend que ces rapports ne doivent pas découler d'une source autre que la nature humaine. C'est ce que développera Grotius qui construira la nouvelle doctrine, revenant en partie à la méthode rationnelle dans laquelle il sera suivi par Wolff et Puffendoff pendant que Zouch et Moser continueront la tradition de Gentilis.

L'étude de sa vie, l'analyse de ses œuvres, l'exposé de sa méthode nous montreront quelle est exactement la place qu'il faut lui attribuer dans la formation du droit international moderne.

(1) C'est pourquoi toutes les œuvres de Gentilis sont signalées dans *l'Index librorum prohibitorum* de 1603.

I

SA VIE. — SA MORT. — SA RÉSURRECTION

Albericus Gentilis naquit le 14 janvier 1552 (1) à San-Ginesio, petite ville de la Marche d'Ancône, où son père exerçait la profession de médecin. Aîné de sept enfants, il reçut dans sa famille une éducation sévère (2) et solide, avant d'aller faire ses études à l'Université de Pérouse.

Cette Université, créée depuis trois siècles, était alors la plus célèbre de l'Italie : Balde et Bartole y avaient enseigné (3) ; Gentilis y suivit les cours de Rinaldo Rodolphini, Oddus, Nonius, Lancelottus, Severus, Eugenius, Galiffus. Les historiens rapportent que les examens y étaient si difficiles que fréquemment les candidats aux grades universitaires émigraient vers d'autres universités plus indulgentes (4). Gentilis cependant fut reçu docteur en droit civil

(1) C'est la date adoptée par le Prof. Thomas Erskine Holland, dans la préface de la belle édition qu'il a donnée du *De jure belli* en 1877, d'après une note écrite de la propre main de Gentilis. Il avait indiqué auparavant la date de 1551 (*an inaugural lecture on Albericus Gentilis*, London, 1874) qu'a conservée M. Speranza (*op. cit.*, p. 6).

(2) Piccarti (*Laudatio funebris*, Norimbergiæ, 1617) trace ainsi le portrait de Mathieu Gentil, père d'Albéric : *Judicio maturo coctoque homo, gravitate severa, et prisci illius ævi sine cerussa et similagine hujus seculi.*

(3) Bini, *Memorie istoriche della Perugina Universita*, Perugia, 1816.

(4) Voir Panciroli, *De Claris legum interpretibus.*

en 1572. Nommé juge à Ascole, il résigna bientôt sa charge pour s'établir avocat à San-Ginesio, sa ville natale.

Son père, ayant embrassé le protestantisme (1) qui avait conquis les hautes classes de la société à Modène, à Ferrare, à Venise, devint suspect à l'Office de la Sainte-Inquisition et ne put demeurer plus longtemps à San-Ginesio (2). Abandonnant sa femme qui ne voulut quitter ni ses cieux ni son genre de vie, ni sa religion, Mathieu Gentili partit, en 1579, avec son fils aîné Albericus, et vint se fixer en Carniole, à Laybach, où il fut rejoint par son plus jeune fils, Scipion. Peu après ce dernier était envoyé à Tubingen pour faire ses études : il devait plus tard devenir professeur de droit à l'Université d'Altdorf (3).

Albericus, après avoir conduit son frère jusqu'à Cologne et à Tubingen où il fut reçu par le duc de Wurtemberg en janvier 1580, alla à Heildelberg où il demeura chez le comte Palatin, et passa en Angleterre en août 1580 (4).

Il se lia avec un petit groupe d'Italiens protestants ré-

(1) Mathieu Gentil avait acquis ses idées réformistes à l'Athénée de Fisc où il étudia sous Simon Porcius, disciple du philosophe Pomponazzo.

(2) La propagande réformiste qu'il entreprit dans sa ville et à Ascole, le zèle de l'Inquisition, la condamnation de Mathieu et d'Alberic, leur fuite et leur exil sont décrits et racontés avec une exactitude scrupuleuse dans l'ouvrage cité de M. Speranza (liv. I), Cf. Pierantoni, dans le *Giornale di filosofia e lettere, scienze morali et politiche* de Naples, n° de décembre 1875.

(3) Le gymnasium d'Altdorf était devenu, en 1580, une Académie qui ne délivrait que des diplômes de bachelier ; en 1809, celle-ci fut réunie à l'Université d'Erlangen (Omeis, *Gloria Academiæ Altdorfinæ*, Altdorfii, 1683). Sur la vie de Scipio Gentilis voir : Omeis, *op. cit.*, p. 47, 162 ; Bayle, *Dictionnaire*, v° *Gentilis* (*Scipio*) ; G. Montechiari, *Elogio di scipione Gentili*, 1813, Macerata, 1816 ; De Minchs, *Biografia di Scipione Gentili*, Forli, 1840. Il a écrit outre des ouvrages de droit quelques œuvres poétiques éditées à Naples, en 1763.

(4) V. Dédicace des *Sex Dialogi* et du *De Legationibus*.

fugiés à Londres et dont faisaient partie Contio (Acontius), fameux auteur du *De Stratagematibus Satanæ*, Giulio Borgarucci, médecin du comte de Leicester, et Battista Castiglioni, maître italien de la reine. Grâce à ce dernier, il entra en relation avec sir Philippe Sydney (1), avec l'oncle de ce dernier, le comte de Leicester, Robert Dudlay, conseiller privé de la reine Elisabeth, et le Dr Tobie Mathew. Le second était alors chancelier de l'Université d'Oxford et le troisième vice-chancelier.

Gentilis se présenta à Oxford avec des lettres de recommandation de ces derniers, lettres lues au Conseil académique du 14 décembre 1550, et par lesquelles ses protecteurs priaient l'Université d'admettre dans son sein « le docteur de Pérouse, exilé pour cause de religion », avec le grade de docteur. Cette admission eut lieu le 14 janvier 1581, devant le vénérable collège des Régents, puis Gentilis fut désigné comme lecteur successivement au collège Jean-Baptiste, et au Nouveau Collège (2).

Ce fut là une des plus grandes joies qu'éprouva Gentilis dans sa vie, comme il l'avoue dans des lettres privées au comte de Leicester (3) et dans la préface des *Dialogi Sex* qu'il lui dédie (1582) (4).

En 1584, il était consulté par le gouvernement anglais, en même temps que Jean Hotoman, le fils du célèbre publiciste, qui avait été admis en même temps que lui à l'Université, sur le cas de Mendoza, ambassadeur espagnol, ac-

(1) Le *De Legationibus* lui est dédié.

(2) Le fruit de ses travaux comme lecteur se trouve consigné dans les *Lectionum et Epistolarum quæ ad jus civile pertinent*, livre I-IV, 1583-1587.

(3) « *Cooptatus suum in Collegium : publice jus civile profiteor. Si quid valebo experiar brevi.* »

(4) « *Qui Oxoniam norint et ii norint necesse est ut mecum agatur qui Oxoniæ vivo, in ea scilicet civitate quæ, situs amœnitate felicissima magnificentissimis studiosorum collegiis, proculdubio augustissima in toto orbe.* »

cusé d'avoir pris part à un complot contre la reine Elisabeth. Malgré le précédent contraire de Leslie, évêque de Ross, Gentilis répondit que l'on ne pouvait mettre à mort un ambassadeur étranger et que le seul droit qu'on eut contre lui était de le renvoyer. Son avis prévalut. L'année suivante, développant sa consultation, il en faisait son livre *De Legationibus* (1585) dédié à Philippe Sydney.

En 1586, on le trouve à la suite de l'ambassadeur Horace Pallavicino, envoyé par Elisabeth à l'Electeur de Saxe (1); mais dès l'année 1587 il revenait à Oxford où l'attendait sa nomination comme professeur royal du droit civil. Il devenait ainsi titulaire de la chaire qu'avaient occupée J. Story (1546), W. Aubrey (1553), W. Mosse (1554), I. Griffith (1558), R. Loffer (1565), G. Lloyd (1577) (2) et dans laquelle devaient successivement professer Budden, Zouch (1620), G. Sweit, Th. Boucher, Jac. Bouchier, H. Brooke, R. Jenner, R. Vansittart, Th. Wenman, Lawrence, Phillimore, Travers Twiss, Jac. Bryce.

C'est l'époque la plus féconde de sa vie : après quelques ouvrages de droit civil comme la *Disputationum Decas prima*, le *Conditionum liber singularis*, il entreprend des publications de droit international. La *Prima commentatio de jure belli* paraît en 1588, la seconde et la troisième sont éditées l'année suivante, les trois opuscules sont réunis en un seul ouvrage en 1598. Successivement paraissent le *De Injustitia Bellica Romanorum* (1590), le *De Armis Romanis*, *De Actoribus*, et une quantité d'ouvrages de critique historique dont on trouvera plus loin la longue énumération (3).

Malgré cette production prodigieuse pour l'époque, il trouvait encore le temps de plaider à Londres ; à ce titre,

(1) Pendant un séjour en Allemagne il publie *De diversis Temp. appellationibus*, Wittemberg, 1586, et *De Nascendi tempore disputatio*, *ibid.*, 1586.

(2) Gentilis fut son disciple et lui dédia, en 1586, son *Legalium Comitiorum Oxoniensium Actio*.

(3) Voir ci-dessous p. 46.

en 1605, il plaidait devant la Cour anglaise d'amirauté pour le compte du roi d'Espagne et contre la Hollande (1) ; l'une de ses plaidoiries devait être publiée après sa mort, par son frère, sous ce titre : *Advocationis Hispanicæ libri duo.*

Il mourut à Londres le 19 juin 1608 (2). Dans son testament il priait son frère Scipion, alors professeur à l'Académie d'Altdorf, de faire imprimer sa plaidoirie pour l'Espagne et de brûler tous ses autres ouvrages. Son frère n'exécuta que la première partie de ce vœu ; et le fils cadet d'Albericus, Mathieu, publia une nouvelle édition de la plupart des œuvres de son père, en quinze volumes.

Malgré tout, le temps avait passé sur la tombe du professeur d'Oxford et son nom même était ignoré de la plupart des juristes qui ne faisaient remonter le droit international qu'à Grotius, quand un autre professeur de la même Université, Thomas Erskine Holland, s'avisa, en novembre 1874, de faire un discours de rentrée sur le maître oublié. Le hasard voulut que la dissertation tombât sous les yeux du professeur Mancini, de l'Université de Rome, et fut par lui communiquée à l'Université de Macerata. Le 1er mars 1875 le professeur Sbabaro, de l'Université de Macerata, provoquait un meeting qui décidait l'érection d'un monument national à Alberico Gentili. Un comité d'hommes d'Etat, de juristes, professeurs et avocats, se fonde sous la présidence effective de Mancini et la présidence honoraire du prince Humbert (3). Il publie un manifeste (4) et le ré-

(1) L'Angleterre était alors neutre dans la guerre entre l'Espagne et la Hollande et la Cour anglaise de l'amirauté se trouvait avoir à juger des prises dans lesquelles étaient intéressés les Espagnols.

(2) Gutch au contraire dans son *History* donne la date de 1609.

(3) Le comité ne compta pas moins de *vingt* vice-présidents. Le secrétaire, M. Pietro Sbarbaro, fut assisté de *huit* vice-secrétaires.

(4) Dans ce manifeste daté du 14 septembre 1875, « anniversaire de la sentence arbitrale de Genève », le comité annonce que « l'Italie, glorieuse de trois civilisations, cherche avec amour dans le passé la mémoire de ses enfants les plus illustres, interroge leurs tombes, célèbre leurs œuvres honorées non avec la vanité d'une

pand dans toute l'Italie ; il demande au gouvernement britannique la permission de transférer les cendres de Gentilis de l'église de Sainte-Hélène de Londres à celle de Santa-Croce de Rome, et cette translation eût eu lieu sans doute si l'identification des restes de Gentilis eût été possible. Des fêtes sont données en l'honneur du héros national que l'on vient de découvrir : un journal se publie sous son nom ; San-Ginesio devient un lieu de pèlerinage.

Les circonstances politiques viennent encore ajouter à la faveur populaire dont jouit le jurisconsulte : pendant qu'un parti politique cherche à le représenter comme une victime de l'Inquisition, le parti adverse manifeste son mécontentement dans la *Civilta Cattolica* (1) et l'*Osservatore Romano* contre « l'impie dessein d'honorer dans Albericus Gentilis un ennemi de l'Eglise et un apostat ».

En Italie la renaissance *gentilienne* n'aboutit qu'à l'attribution du nom du professeur à l'Institut technique de Macerata, à l'apposition solennelle, en souvenir de l'étudiant, d'une plaque de marbre à l'Université de Pérouse, et à l'éclosion d'un nombre considérable d'opuscules sur sa vie et ses œuvres (2).

vulgaire parvenue, étalant ses bijoux achetés le jour même chez l'orfèvre, mais avec le légitime orgueil d'une matrone de race antique, montrant après les jours de deuil les précieux souvenirs de ses ancêtres... » Il dépeint Gentilis comme « le prophète de Dieu, apôtre inspiré de la paix », ayant enseigné « la fraternité des peuples et la paix universelle » (*sulla fratellanza dei popoli e sulla pace universale*), le « philosophe de la paix et de la liberté de conscience, initiateur des temps nouveaux » !

(1) La *Civilta cattolica*, organe du Vatican, reproche même à Gentilis d'être le plus grand absolutiste de son temps parce que, dans sa dissertation *De Potestate Regis absoluta*, il commente, développe et applique à l'Angleterre la loi romaine *quod principi placuit legis habet vigorem*. Ce reproche est injuste en ce sens que dans cet opuscule Gentilis cherche et démontre que la source de la souveraineté n'est pas *divine* mais *humaine*. Et de plus il est mal placé sous la plume des défenseurs de l'infaillibilité et de l'omnipotence papale.

(2) Voir à la Bibliographie.

En Hollande, le comité Gentilis, organisé dès 1876, eut de singulières mésaventures : son président, le professeur Asser de l'Université d'Amsterdam, dut se justifier, dans de nombreux articles parus dans l'*Algemeen Handelsblaad*, de l'accusation de vouloir diminuer la gloire de son compatriote Grotius. Le comité Gentilis aboutit à faire élever à Delft une statue... à Grotius.

Le comité anglais formé en 1875 par les professeurs de l'Université d'Oxford et les membres du collège des avocats, sous la présidence effective de Sir Robert Phillimore et la présidence honoraire du prince Léopold, eut au moins un résultat positif : celui d'employer les fonds recueillis à donner une nouvelle édition de l'œuvre principale de Gentilis du *De jure belli*, confiée au professeur Holland.

De l'oubli absolu dans lequel notre auteur était laissé il y a trente ans, et de l'engouement subit dont il a été l'objet, il appartient au critique et à l'historien de faire une juste part : l'examen de ses œuvres nous permettra de la déterminer.

II

SES ŒUVRES

1. — *De Juris Interpretibus Dialogi sex.* Londini, Wolfius, 1582.

2. — *Lectionum et Epistolarum quæ ad jus civile pertinent,* libri I-IV. Londini, Wolfius, 1583-1587.

3. — *De Legationibus*, libri III, Londini. Wolfius, 1585.

4. — *Legalium Comitiorum Oxoniensium Actio.* Londini, Wolfius, 1585.

5. — *De diversis Temporum Appellationibus*, Wittebergæ, 1586.

6. — *De Nascendi Tempore Disputatio*, Wittebergæ, 1586.

7. — *Disputationum Decas Prima.* Londini, Wolfius, 1587.

8. — *Conditionum Liber singularis.* Londini, Wolfius, 1587.

9. — *De Jure Belli Commentatio Prima.* Londini, Wolfius, 1588.

Secunda, Londini, Wolfius, 1589.

Tertia, Londini, Wolfius, 1589.

Réunis sous le titre :

De Jure Belli libri tres, Hanov., Guill. Antonius, 1598 (1).

10. — *De Injustitia Bellica Romanorum Actio.* Oxonii, Barnes, 1590.

(1) 2e éd. Hanau, 1612 ; 3e éd. Naples, 1770 ; 4e éd. Londres, 1877.

11. — *Ad titulum de Malefaciis et Math., item ad titulum de Prof. et Med.* Hanov., 1593.

12. — *De Armis Romanis et Injustitia Bellica Romanorum libri duo.* Hanoviæ, 1599.

13. — *De Actoribus et de Abusu Mendacii Disputationes duæ*, 1599.

14. — *De Ludis Scenicis Epistolæ Duæ*, Widdelbergi, 1600.

15. — *Ad primum Macbæorum* (*sic*) *Disputatio.* Franc., 1600.

16. — *De Nuptiis*, libri VII, Hanoviæ, 1681.

17. — *Lectiones Virgilianæ*, Hanoviæ, 1603.

18. — *De libro Pyano.* Oxonii, Barnes, 1604.

19. — *Ad primum Maccabæorum disputatio, et de Linguarum Mixtura*, Londini, Wolfius, 1604.

20. — *De si quis Principi et ad Leg. Iul. Disputatio.* Hanov., 1604.

21. — *De latinitate Vet. Bibl. vers. male accusata.* Hanov., 1604.

22. — *Laudes Academiæ Perusinæ et Oxoniensis.* Hanov., 1605.

23. — *De Unione Angliæ et Scotiæ Discursus.* Londini, Wolfius, 1605.

24. — *Disputationes tres* : 1) *De libris juris canonici ;* 2) *De libris juris civilis ;* 3) *De latinitate Vet. Bibl.*, etc. Hanoviæ, 1605.

25. — *Regales Disputationes* : 1) *de potestate Regis absoluta ;* 2) *de Unione Regnorum Britanniæ ;* 3) *de vi civium in Regem injusta.* Londini, Vautrollerius, 1605.

26. — *Hispanicæ Advocationis libri duo.* Hanoviæ, 1613.

27. — *In titulo de Verborum Significatione.* Hanov., 1614.

28. — *De legatis in Testamento*, Amsteladomi, 1661.

Enfin dans ses ouvrages Gentilis mentionne quelquefois des œuvres qu'il donne comme siennes et dont on n'a pas de traces aujourd'hui ou qu'on a seulement

sous forme de manuscrits. Telles sont, d'après Holland :

1. — *De Probationibus libri quatuor.*
2. — *Consultationum Volumen.*
3. — *Quæstionum publicæ disputat. liber.*
4. — *Commentarius ad Edict. de Annona.*
5. — *Verborum et Historiarum juris ex Accursi et Bartoli commentarii, libri duo.*
6. — *In Aldi Manutii Orthographiam Annotationes.*
7. — *De præmio Coronæ Muralis Disputatio.*
8. — *De Poetis disputatio.*
9. — *De potiore interpr. Decalogi in sec. tab.*
10. — *De Papatu Romano Antichristo.*

De ces œuvres multiples nous n'avons à analyser que celles qui ont trait le plus directement au droit international, c'est-à-dire : le *De jure belli* au premier chef, puis le *De legationibus*, l'*Advocatio Hispanica*, le *De Unione regnorum Britanniæ.*

Nous parlerons plus spécialement de la *Disputatio ad primum Macbæorum* et du *De juris interpretibus* en exposant la méthode de Gentilis.

a) *Le « De juri belli ».*

C'est l'œuvre capitale de Gentilis, celle qui a fait sa renommée, celle aussi qui contient la plupart des principes que l'auteur ne fait que rappeler dans ses ouvrages postérieurs de droit international.

Holland affirme qu'elle est née d'une de ces *disputationes* qui faisaient le régal des rentrées solennelles des Facultés au cours du XVIe siècle (1). Il est possible qu'il en

(1) Dans une lettre à Jean Benett en date du 30 juin 1588, Gentilis annonce en effet qu'il va faire en séance solennelle, « *tractationem de jure belli, andiesque de caussis belli suscipiendi, de rationibus gerendi, de jure victorum et devictorum* ».

soit ainsi, mais ce qui est certain, c'est que l'œuvre définitive n'a conservé aucun des caractères d'une controverse d'école : son étendue, son style sec, haché souvent en phrases brèves, dans lesquelles la pensée se cristallise en formules, l'absence des tournures oratoires, le défaut de transition entre les chapitres traitant de matières différentes ne laissent aucun doute à cet égard.

Des trois livres entre lesquels est divisé le *De jure belli*, le premier traite de la guerre en général, de ceux qui la peuvent faire et des causes qni la peuvent motiver ; le second étudie la déclaration de guerre, les moyens permis et les moyens défendus dans l'action, les conventions militaires, la situation des prisonniers, le sort des villes et des non combattants ; le troisième a trait à la fin de la guerre, aux droits du vainqueur et à leur exercice sur les biens et sur les personnes, aux traités de paix et d'amitié.

Livre I. — La guerre, dit Gentilis (1), dans une définition demeurée célèbre, est une lutte armée, publique et juste : *Bellum est publicorum armorum justa contentio.* C'est une lutte par les armes, car le seul usage de paroles injurieuses serait absurde et lâche ; c'est une lutte publique, c'est-à-dire entre princes souverains qui se combattent ouvertement, ce qui exclut les querelles privées aussi bien que les duels (2) ; c'est enfin une lutte juste, c'est-à-dire conduite conformément au droit de part et d'autre, *justum non solum quod a jure est sed et quod est ex omni parte perfectum.*

Quand l'une de ces trois conditions vient à manquer, ce n'est plus d'une guerre qu'il s'agit ; faite par d'autres que les princes souverains, ou en dehors des règles de droit,

(1) Liv. I, ch. II : *Belli definitio.*

(2) Grotius, au contraire, définissant la guerre « l'état d'individus qui vident leurs différends par la force » (*De jure belli ac pacis*, liv. I, ch. I, § 2) confondra encore avec la guerre publique la guerre privée et le duel.

c'est un acte de brigandage, telle est la solution donnée déjà par les auteurs, et que commande la droite raison (1).

La guerre des princes seule peut être juste parce que la guerre n'est justifiée que par l'absence d'une juridiction capable de trancher le litige et d'imposer son jugement. Or, seuls les princes souverains n'ont pas de supérieur capable de leur imposer une solution judiciaire, car s'ils avaient un supérieur ils ne seraient plus souverains. Mais si une des parties acceptait de soumettre le litige à une juridiction quelconque, la guerre cesserait d'être juste contre elle. C'est pourquoi les Romains avant de déclarer une guerre provoquaient toujours leurs adversaires à faire juger leur différend par un tribunal, et de nos jours l'Empereur Charles IV, le roi d'Angleterre, Henri II, ont été constitués arbitres par des princes en désaccord. Pourquoi, en effet, les causes des princes, souvent moins obscures et moins importantes que les causes privées, ne pourraient-elles être soumises à un tribunal? Il suffirait pour le pouvoir faire de choisir des juges plus savants et plus incorruptibles. D'ailleurs, si les théologiens ne cherchent à appliquer que la volonté de Dieu, les juristes doivent chercher à résoudre les questions en droit. On peut faire ici intervenir, quand la question le comporte, les principes du droit de Justinien, car ce droit n'est pas là seulement celui de la cité, il contient également des principes qui sont ceux du droit des gens et du droit de la nature; or, il n'est pas plus difficile de résoudre une question de succession au trône qu'une question de succession à une propriété privée.

Quand on ne peut s'appuyer sur le droit de Justinien, il est toujours possible de recourir à la droite raison; est-ce qu'on ne peut appliquer aux princes des règles telles que *honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere, liberos tueri,* etc., et toutes choses qui sont à la fois du *jus gentium* et du droit de la guerre. Il faut donc, avant

(1) Liv. I, ch. III : *Principes bellum gerunt.*

d'en venir aux mains, tenter de soumettre son cas à un compromis volontaire et s'en remettre aux principes de la raison naturelle, cet arbitre du bien et du mal. Sauf nécessité, la guerre ne saurait être juste (1).

Par contre, il n'y a pas de guerre dans les conflits avec les pirates ou les sujets rebelles : on ne peut par un délit se soustraire à la juridiction interne, et ceux qui, par des actes de piraterie ou de rébellion, se retirent de la communauté des hommes et du droit humain ne peuvent se prévaloir d'aucun droit. On peut donc même leur promettre la vie sauve et ne pas tenir sa promesse (2).

La justice d'une guerre dépend donc de celle de la cause qui la motive (3), elle peut exister des deux côtés quand il y a doute sur l'attribution d'un droit à l'une ou l'autre partie (4).

Les causes légitimes de guerre peuvent se classer en trois catégories : elles sont divines, naturelles ou humaines.

La cause divine, c'est l'ordre de Dieu, qui rend nécessairement une guerre juste (5). Mais la guerre ne saurait cependant être justifiée par une différence de religion (6). « La religion est d'une telle nature que nul n'y peut être amené malgré lui. » Il n'y a d'autre maître de l'âme que Dieu seul, et toute liberté doit être laissée à la religion qui est « un mariage de l'homme et de Dieu ». Aussi les guerres contre les infidèles et les hérétiques sont-elles injustes, comme le proclame Vitoria. Et si Balde, après avoir défendu cette opinion, admet que les infidèles peuvent être dépouillés de leurs territoires en se fondant sur les guerres

(1) *Itaque concludo quod si necessitas non subsit bellum esse justum nec possit, l. c.*

(2) Liv. I, ch. IV : *Latrones bellum non gerunt.*

(3) Liv. I, ch. V : *Bella juste geruntur.*

(4) Liv. I, ch. VI : *Bella juste geri utrinque.*

(5) Liv. I, ch. VIII : *De causis divinis belli faciendi.*

(6) Liv. I, ch. IX : *An bellum justum sit pro religione.*

qu'a soutenues l'Eglise, il confond les guerres que cette dernière a entreprises pour son temporel, mais qui ne pouvaient avoir pour but des matières spirituelles. Quand il soutient que les trônes des royaumes hérétiques ou infidèles sont toujours vacants pour cause d'hérésie ou d'infidélité, parce qu'il n'y a aucun droit de commun entre eux et les chrétiens, parce que les rois de ces territoires n'ont aucune souveraineté légale, puisqu'ils sont en dehors du droit, il donne une raison vaine, car il n'y a dans ce fait que l'affirmation de la souveraineté de Dieu. Qu'importe également que tous les peuples aient proclamé leur guerre sacrée, depuis les Lacédémoniens partant en guerre contre Athènes, les chrétiens conquérant la Palestine, jusqu'à Ferdinand et Charles-Quint qui couvraient toutes leurs ambitions du voile de la religion ! Dans tous ces cas, il ne s'agissait que d'une question de défense nécessaire, ce qui justifiait suffisamment la guerre. Concluons donc qu'il ne peut y avoir de guerre juste pour cause de religion « parce que le droit de religion n'est pas un lien entre les hommes, mais seulement un lien entre l'homme et Dieu, un lien de droit divin et non un lien de droit humain ».

Après avoir ainsi condamné les guerres religieuses pour sauvegarder ses coreligionnaires, Gentilis admettrait cependant une exception à l'égard des peuples sans religion. « Nous ne parlons pas, dit-il, de ceux qui vivent à la manière des bêtes, sans aucune religion ; ceux-là sont comme les pirates, les ennemis communs de tous ; ils doivent être poursuivis par la guerre et contraints à embrasser les mœurs des autres hommes. C'est en effet faire injure à tous les hommes que de faire partie de l'espèce humaine et de vivre la vie des brutes les plus brutes. Des brutes même ont quelque religion. Mais ceux-là, au contraire, n'ayant pas de religion résistent en quelque sorte à la nature et, par suite, comme les géants, s'insurgent contre Dieu. » Mais, se hâte-t-il d'ajouter, il n'y a pas de nation qui n'ait aucune religion.

Ceux qui vivent dans l'erreur et ne suivent pas une

bonne religion ne sont pas cependant en dehors du droit : les idolâtres allemands sont dignes de pitié, il faut les évangeliser et non les exterminer.

En règle générale, quand ils ne nous lèsent pas, nous ne pouvons les punir.

De même en droit interne le prince ne peut, par la guerre, imposer une religion à ses sujets. Il n'est pas vrai de dire avec Bodin que la foi d'un sujet dans son prince dépend de sa religion, à la différence de ce qui eut lieu pour les premiers chrétiens. Il suffit que l'Etat ne subisse aucun dommage (*nisi quid detrimenti illinc respublica capiat*) pour que les sujets puissent changer de religion (1).

Inversement la religion ne peut être une juste cause de guerre pour les sujets contre leur prince ; mais comme il vaut mieux obéir aux ordres de Dieu qu'à ceux des hommes, si le prince voulait les contraindre à changer de religion, les sujets n'ont que la ressource de quitter leur pays, dussent-ils perdre ainsi leur patrie et leur fortune, tel est l'ordre du Christ (2).

En second lieu, y a-t-il des causes naturelles de guerre ? On l'a soutenu : les Grecs contre les Barbares, les Juifs contre les Chananéens, les Romains contre les barbares, les Chrétiens contre les Sarrazins ont invoqué de telles causes. C'est à tort, car les hommes sont tous des hommes, il n'y a entre eux aucune différence de nature, ils appartiennent tous à l'humanité. Il n'y a pas de cause naturelle de guerre dont puissent se prévaloir les Espagnols contre les Indiens ou les Chrétiens contre les Turcs : si nous avons fait sans cesse la guerre à ces derniers, c'est parce qu'ils nous ont attaqué, nous ont tendu des embûches, et qu'alors nous avions contre eux des causes justes de guerre. Mais « on ne doit point attaquer ceux qui vivent en paix et ne font

(1) Liv. I, ch. x : *Si princeps religionem bello apud suos juste tuetur.*

(2) Liv. I, ch. xi : *An subditi bellent contra Principem ex causa religionis.*

rien contre nous », *Silete Theologi in munere alieno* (1).

S'il n'est pas en soi de causes naturelles de guerre, la nature cependant approuve certains motifs qui rendent la guerre nécessaire et par suite juste (2). Ainsi il est nécessaire de se défendre quand on est attaqué (3) ; la défense est encore juste quand elle prévient une attaque méditée ou préparée (4) ; elle est louable quand elle vous porte au secours d'autres nations, bien que, dans ce cas, il serait honteux de le faire pour de l'argent (5). Peut-on défendre les sujets d'un Etat étranger contre leur souverain ? Quand il n'y a en jeu qu'une question privée, celle-ci est du ressort des juges de l'Etat et un étranger ne saurait intervenir. Mais quand dans une querelle publique un grand nombre de sujets sont révoltés contre leur prince, pourquoi un souverain étranger ne pourrait-il intervenir, si la cause du prince est injuste ? On doit pouvoir venir en aide à ses sujets contre la cruauté de leur prince, qui oublie que les royaumes ne sont pas faits pour les rois, mais les rois pour leurs royaumes. C'est ainsi que les Anglais sont intervenus aux Pays-Bas, en raison de liens de vieille amitié, ou de relations de bon voisinage.

Mais cependant une intervention ne devrait pas pouvoir avoir lieu contre un prince en faveur d'un autre prince.

Les guerres peuvent être faites pour des motifs de nécessité, comme celle des étrangers qui réclament des droits civils, ou d'exilés qui occupent des territoires vacants (6). Elles peuvent avoir lieu pour des motifs d'utilité, comme

(1) Liv. I. ch. XII : *Utrum sint causæ naturales belli faciendi.*

(2) Liv. I, ch. XIII : *De necessaria defensione.*

(3) *Ibid.* ex. : contre les Turcs et les Espagnols qui veulent la domination universelle.

(4) Liv. I, ch. XIV : *De utili defensione.*

(5) « *Plena est justitia quæ defendit infirmos* », liv. I, ch. XV : *De honesta defensione.*

(6) Liv. I, ch. XVII : *Qui bellum necessaria inferunt.*

celles qui ont pour but de venger une injure afin de n'en pas recevoir de nouvelles ou de protéger des droits naturels tels que le droit de passage, le droit de commerce, le droit de navigation (1). Ces droits sont dus à tous quand il n'y a aucune bonne raison de les refuser. Leur refus constitue une injure et une juste cause de guerre (2). Mais en quoi consiste le droit de passage ? c'est par exemple le droit de traverser un champ mais non celui d'y chasser. Aussi, malgré que ce droit soit accordé, le souverain du lieu peut toujours défendre sur son territoire les actes de guerre. Ainsi un souverain ne pourrait passer sur un territoire étranger sans un sauf-conduit.

De même le refus du droit de navigation constitue une offense contre la société humaine. Car si le passage doit être ouvert sur le territoire étranger, *a fortiori* ne peut-il être fermé sur la mer qui est naturellement ouverte à tous et qui n'appartient à personne. Tout au plus le Prince n'a-t-il sur elle qu'un droit de police et de juridiction. C'est donc une usurpation de la part des Vénitiens de prétendre à la domination exclusive de l'Adriatique.

Enfin les droits de port, de marché, d'intercourse ne peuvent non plus être refusés. C'est avec raison que les Espagnols ont fait la guerre aux habitants du Nouveau Monde qui refusaient de commercer avec eux. Mais, pour constituer une juste cause de guerre, la prohibition doit être générale : c'est-à-dire contre tous. Elle peut toutefois être admise pour certains produits seulement, comme l'or et l'argent (3).

Après les causes divines et les causes naturelles de guerre,

(1) Liv. I, ch. XIX : *De naturalibus causis belli inferendi.*

(2) Cf. *Advocatio Hispanica*, liv. I. « C'est pourquoi, dit Gentilis, on a fait la guerre contre les Turcs qui voulaient refuser le passage aux chrétiens pour aller combattre les Sarrazins. »

(3) On était à l'époque du système mercantile pour qui la richesse d'un Etat était en raison directe de la quantité de métaux précieux qu'il possédait : aussi certains pays en défendaient l'exportation.

viennent les causes humaines : ce sont toutes celles qui consistent dans la violation d'un droit garanti par la *loi humaine* (1).

Mais cette violation doit être l'œuvre des princes ou des peuples : les actes des particuliers ne constituent pas par eux-mêmes une atteinte aux droits d'un Etat ; la collectivité n'est pas engagée par les méfaits de quelques-uns de ses membres, à moins qu'il ne s'agisse de délits successifs et continus que l'Etat ne réprime pas. Ainsi le commerce fait avec nos rois pendant la guerre est bien conforme au droit des gens, mais il est contraire à l'équité. Le droit des commerçants doit être respecté, certes, mais plus encore il ne doit pas mettre en péril l'Etat et, par suite, il peut être interdit, et la violation de cette interdiction est une cause de guerre (2).

Les vieilles causes de guerre ne doivent pas être réveillées, car ce serait une menace perpétuelle pour la paix. Il y a une prescription des actions publiques, comme il y en a une pour les actions privées, et cela est nécessaire car on pourrait discuter les titres de tous les princes régnants. Le temps est ainsi créateur de droits : il a affranchi le roi de France de la sujétion impériale, bien que Alciat prétende qu'il n'y a pas de prescription contre l'*Imperium* (3).

Mais cette prescription n'est pas celle du droit commun : elle résulte de l'absence du souvenir d'un état contraire à celui qui existe actuellement, c'est la prescription de cent ans, d'après un avis général.

Cette prescription respecte les droits et des princes et des peuples, car elle ne court pas contre ceux qui ne peuvent agir et l'exception ne pourra être invoquée contre le prince qui n'aura pu attaquer un usurpateur plus puissant, ou le

(1) Liv. I, ch. xx : *De humanis causis belli inferendi.*

(2) *Est illud gentium jus, hoc naturæ est. Est illud privatorum, est hoc regnorum. Cedat igitur regno mercatura, homo naturæ, pecunia vitæ,* liv. I, ch. xxi : *De malefactis privatorum.*

(3) Liv. I, ch. xxii : *De vetustis causis non excitandis.*

peuple opprimé par un tyran dont il n'aura pu se débarrasser (1).

On ne peut donc plus dire que l'Empereur a le droit de s'emparer par les armes de tout ce qui fut autrefois l'Empire romain, et Gentilis est ainsi amené à démolir la théorie du Saint Empire Romain Germanique (2).

Il n'y a plus d'Empire des Romains et l'*imperium romanum* s'est évanoui. On dit cependant de l'Empire qui a son siège en Germanie, l'empereur des Romains, le Saint Empire Romain, on parle des Electeurs du Saint Empire, etc. Mais il ne reste plus rien de cet Empire qui a été remplacé par d'autres nations. L'ancien Empire autrefois comprenait : 1° les territoires occupés par les Turcs ; 2° ceux aujourd'hui détenus par les Anglais, les Français et les Espagnols ; 3° les pays occupés par le Pontife Romain, les Venètes et autres princes italiens ; 4° enfin ceux que détiennent aujourd'hui les Germains.

Or, l'Empire des Turcs n'est pas romain, bien qu'ils aient usurpé leur territoire sur l'Empire romain, ils n'ont pas reçu l'*imperium* romain.

En France, il n'y a pas davantage d'*imperium Romanum*, les Français s'en sont toujours considérés comme affranchis et même Anastase a conféré aux rois francs la Chlamyde impériale et la couronne d'or, collation confirmée encore par Justinien dans un rescrit. Les Espagnols et les Anglais sont en dehors de cet Empire, soit qu'ils aient été abandonnés par les Empereurs romains, soit qu'ils n'aient jamais fait partie de l'Empire ; il serait ridicule de soutenir aujourd'hui qu'ils en ressortent sinon en droit, du moins en fait.

En Italie, il y a d'une part des ressortissants de l'Empire germanique, comme le duc de Mantoue, mais ils font partie de cet Empire. D'autre part, outre des pays complètement

(1) « *Dormitur propter metum prescriptio tempore tyrannidis.* »
(2) Liv. I, ch. XXIII : *De regnorum eversionibus.*

indépendants comme Venise, le pontife romain a un empire particulier, avec des feudataires comme les ducs de Parme, de Ferrare, le roi de Naples ; il en eut jadis bien davantage, et même il réclame le droit de juridiction sur tous les autres princes, sur l'Empereur même et le droit de pourvoir aux trônes vacants.

Il ne reste donc plus que l'Empire germanique. Est-ce là l'Empire romain ? On le soutient parce que Charlemage fut acclamé tel par le peuple de Rome et qu'il reçut la couronne des mains du pontife. Mais si entre ses mains furent réunis à la fois l'Empire germanique et l'Empire romain, du moins, du partage opéré par ses successeurs, le sceptre s'est brisé, et l'*imperium romanum* a « disparu comme un fleuve qui, sans cesser d'exister, se perd dans la mer ».

La prescription éteint les droits des Etats, mais le décès du prince n'empêche pas ses successeurs d'être exposés justement à une guerre motivée par une offense de leur auteur (1).

Enfin l'honneur commande de faire la guerre pour défendre les lois de la nature et de l'humanité, comme il ordonne d'accuser quelqu'un qui a commis un délit (2). Ainsi les Espagnols ont justifié leurs guerres contre les Indiens en disant que ces derniers entretiennent un commerce immoral avec les animaux et se nourrissent de chair humaine. Il n'aurait pas été suffisant de dire qu'ils ne voulaient pas entendre la prédication de l'Evangile, bien que beaucoup d'auteurs estiment que cette cause soit suffisante parce que le Christ a dit : « allez et prêchez l'Evangile à tous les hommes... » Et il faut blâmer Dagobert, Charlemagne ou Louis IX qui ont invoqué cette nécessité d'imposer des prédicateurs. Ainsi encore il est juste de faire la guerre aux pirates parce que la piraterie est contre le droit des gens. Mais jamais l'infidélité ou l'idolâtrie de

(1) Liv. I, ch. XXIV : *Si in posteros movetur bellum.*
(2) Liv. I, ch. XXV : *De honesta causa belli inferendi,*

ceux qui sont attaqués ne peuvent justifier une guerre.

Livre II. — Dans le livre II du *De jure belli*, Gentilis traite des voies de fait et de la mise en œuvre des moyens belliqueux.

La guerre ne doit pas seulement être justement entreprise, elle doit encore être justement conduite ; à cette condition seulement, les Romains accordaient le triomphe au général vainqueur.

Elle doit être déclarée (1) comme l'exige la coutume romaine et le droit canonique, et cette déclaration doit être accompagnée d'un délai avant les hostilités.

Elle ne peut être omise qu'au cas où il est nécessaire de se défendre immédiatement ou quand le suzerain marche contre son bénéficiaire, ou contre des sujets rebelles. En dehors de ces cas toute guerre serait injuste, traîtresse, odieuse au même titre qu'un assassinat (2).

Les belligérants peuvent employer des ruses de guerre (3), c'est admis aujourd'hui, bien qu'autrefois les généraux ennemis convenaient du lieu et de la forme du combat. Mais en tout cas les stratagèmes excluent la perfidie dans les paroles ou dans les actes : les mensonges dans les entretiens (4), l'usage des poisons, vénéfices ou arts magiques sont prohibés dans la guerre comme dans le duel (5). Il est également défendu de se servir de serpents, de bêtes féroces ; on admet, il est vrai, l'usage d'éléphants, de chevaux, de chiens.

En ce qui concerne les personnes, l'emploi d'assassins est blâmable (6), et on ne peut user d'espions, qu'au péril de la vie de ces derniers (7).

(1) Liv. II, ch. I : *De bello indicendo.*
(2) Liv. II, ch. II : *Si quando bellum non indicitur.*
(3) Liv. II, ch. III : *De dolo et stratagematis.*
(4) Liv. II, ch. IV : *De dolo verborum* ; ch. V : *De mendaciis.*
(5) Liv. II, ch. VI : *De veneficiis* ; ch. VII : *De armis et mentitis armis.*
(6) Liv. II, ch. VIII : *De Scævola, Judittha, similibus.*
(7) Liv. II, ch. IX : *De Zopiro et aliis transfugiis.*

Les chefs suprêmes des armées peuvent traiter avec l'ennemi, et ces conventions sont obligatoires quand elles sont passées dans les limites de leurs pouvoirs et sont ratifiées. Mais les officiers inférieurs ne peuvent traiter puisqu'ils n'ont reçu que l'ordre de combattre, du moins quand le commandant en chef est présent. Ces conventions militaires n'ont jamais qu'un effet temporaire (1).

Les soldats peuvent-ils faire des pactes avec l'ennemi, peuvent-ils par exemple se rendre sous condition, ou, pour être relâchés, promettre pour toujours ou pour un certain temps qu'ils ne combattront pas contre ceux qui les ont pris ? Bartole, Balde, Angelus, Corneus soutiennent que ce pacte n'est pas obligatoire. La pratique admet au contraire ces sortes de conventions et Alciat, Covarruvias, Bodin, Hotoman décident que si elles n'étaient pas exécutées les soldats devraient retourner en captivité (2).

Les armistices conclus pour la cessation des hostilités, les sauf-conduits accordés par un commandant en chef, sont des contrats de bonne foi dont l'inexécution par l'une des parties permet la violation de la part de l'autre partie (3). De même les échanges de prisonniers constituent des contrats innommés de la nature du *facio ut facias* selon Decianus, ou *do ut des*, d'après Alciat, et qui doivent être interprétés comme tels : de même que celui qui doit un esclave ne peut l'empoisonner ou que celui qui doit un fonds ne peut le grever d'une servitude, de même celui qui doit un prisonnier ne peut livrer un blessé (4). Les rançons doivent être modérées, bien qu'un tarif soit difficile à établir ; elles sont dues même par les héritiers quand le prisonnier a été relâché.

(1) Liv. II, ch. x : *De pactis ducum.*

(2) Liv. II, ch. xi : *De pactis militum.*

(3) Liv. II, ch. xii : *De induciis*, ch. xiii : *Quando contra inducias fiat* ; ch. xiv : *De salvo conductu.*

(4) Liv. II, ch. xv : *De permutationibus et liberationibus.*

Les captifs sont ceux qui ont été pris dans les camps ou villes ennemies, mais l'enfant d'une captive naîtrait libre. On ne devrait pas les mettre à mort : ainsi le veulent la loi naturelle et la loi divine, bien que parfois la pratique ait pu être différente. Mais tout ce qui est permis n'est pas à approuver (*Non omne quod licet honestum est*) (1).

Quant à ceux qui se rendent volontairement, il n'est même pas permis de les tuer : leur reddition contient une clause tacite de vie sauve. La loi humaine et la loi militaire sont ainsi d'accord. Les termes de la capitulation limitent toujours les droits du vainqueur (2).

Ce n'est que dans des cas spéciaux qu'une sévérité exceptionnelle peut être employée vis-à-vis des prisonniers : soit quand ils ont injurié le capteur, soit par voie de représailles, soit quand ils ont usé de perfidie, ou violé les lois de la guerre (3).

Les otages ne sont pas des prisonniers, mais sont « comme des prisonniers », puisqu'ils ne peuvent faire de testament. Autrefois on les mettait à mort, quand l'ennemi manquait à sa foi ; ce semble une cruauté de les punir pour les fautes des autres. Mais c'est là une nécessité de la pratique de la guerre (4).

Il y a unanimité de la part des philosophes, légistes, théologiens, poètes et historiens de toutes nations pour admettre la protection des suppliants réfugiés dans des lieux sacrés (5), celle des enfants (6), celle des femmes qui ne prennent pas part au combat, à la différence d'Artémise, de Zénobie ou des Amazones, celle des paysans sans défense. Ces derniers, comme les marchands étrangers, ne peuvent

(1) Liv. I, ch. XVI : *De captivis et non necandis.*
(2) Liv. I, ch. XVII : *De his qui se hosti dedunt.*
(3) Liv. I, ch. XVIII : *In deditos et captos sæviri.*
(4) Liv. II, ch. XIX : *De obsidibus.*
(5) Liv. II, ch. XX : *De supplicibus.*
(6) Liv. II, ch. XXI : *De pueris et feminis.*

être des ennemis, quand ils ne prennent pas les armes. Le marchand qui réside d'une façon permanente sur le territoire du pays envahi doit au contraire être traité comme un citoyen de ce pays (1). Dans ce premier cas les biens des nationaux peuvent être pris par l'ennemi, sauf les réserves faites au sujet des récoltes, des fruits, de la terre, des bœufs des paysans ; dans le second cas ils doivent être respectés, comme le furent les biens des étrangers en Espagne et en Angleterre dans la récente guerre anglo-espagnole, à cette condition qu'ils ne prêtent aucune assistance aux ennemis (2).

L'étranger qui vit en dehors de sa patrie ne cesse pas d'être un ennemi pour le pays qui est en guerre avec elle, car il n'a pas perdu son caractère national, à moins qu'il n'ait manifesté sa volonté de demeurer à perpétuité dans le pays où il vit soit expressément, soit tacitement par une résidence de dix années.

La propriété tierce qui fait l'objet d'un commerce avec l'ennemi peut être saisie si elle est utile à la guerre.

Polybe déclare que c'est un moyen de contrainte sur l'ennemi que de détruire les châteaux, jardins, villes, villas, navires, etc.. qui lui appartiennent.

Mais il faut condamner les destructions inutiles de maisons ou de temples, et surtout celle des œuvres d'art. Elle ne peut être justifiée que par mesure de représailles, quand l'ennemi ne les respecte pas ou ne les a pas respectés dans une autre guerre, ou si cette destruction est nécessaire à la victoire (3).

Enfin la loi naturelle demande l'ensevelissement des morts (4).

(1) C'est déjà une application de la théorie traditionnelle anglaise qui, dans le droit de la guerre, fait prévaloir le lieu du domicile sur celui de la nationalité.

(2) Liv. II, ch. XXII : *De agricolis, mercatoribus, peregrinis, aliis similibus.*

(3) Liv. II, ch. XXIII : *De vastitate et incendiis.*

(4) Liv. II, ch. XXV : *De cæsis sepeliendis.*

Livre III. — La guerre justifiée (livre I) et conduite conformément au droit (livre II) se termine par une paix dont l'étude fait l'objet du livre III.

« La paix, c'est la fin de la guerre » (1).

Le vainqueur réprime les offenses qui ont été la cause de la guerre, et cette répression est une garantie de la durée de la paix. Mais la vengeance du vainqueur doit s'exercer avec modération afin de ne pas susciter une vengeance contraire. Elle sera appréciée d'après la gravité de l'injure reçue, d'après la nécessité d'assurer la sécurité ultérieure, d'après les dépenses faites et les dommages éprouvés, suivant les personnes et les circonstances (2).

Le vainqueur peut ainsi exiger à juste titre une indemnité de guerre (3), des tributs, des cessions de territoire qu'il estime, *pro arbitrio boni viri*, indispensables à sa sécurité (4).

Cette acquisition de territoires a lieu, ainsi que le dit Hotoman, en général non pas à titre universel mais à titre particulier ; elle ne doit porter que sur le territoire occupé par l'armée. Ce n'est une acquisition à titre universel que quand un Etat est entièrement absorbé par un autre et le territoire passe alors dans le nouvel état avec ses droits et ses charges (*cum suis omnibus qualitatibus*) (5).

Le vainqueur a encore le droit d'enlever les drapeaux et autres ornements du vaincu (6), de détruire les fortifications des villes, les villes elles-mêmes, d'ordonner le comblement de certains ports (7).

(1) Liv. III, ch. I : *De belli fine et pace.*

(2) Liv. III. ch. II : *De ultione victoris.* « *Pro qualitate personæ, proque rei condicione et temporis et ætatis et sexus, vel severius, vel clementius statuitur de pœnis.* »

(3) Liv. III, ch. III : *De sumptibus et damnis belli.*

(4) Liv. III, ch. IV : *Tributis et agris multari victos.*

(5) Liv. III, ch. V : *Victoris adquisitio universalis.*

(6) Liv. III, ch. VI : *Victos ornamentis spoliare.*

(7) Liv. III, ch. VII : *Urbes diripi, dirui.*

Vis-à-vis des personnes, il ne tue pas les prisonniers et ne peut mettre à mort les chefs d'armée ni les retenir après la paix (1).

Il ne peut même réduire en esclavage les uns ni les autres, du moins entre chrétiens ; mais comme l'esclavage n'est pas contraire au *jus gentium*, il subsiste actuellement dans les guerres entre chrétiens et non chrétiens. Si en effet nous sommes libres dans notre nature et si la raison naturelle qui fonde le droit des gens ne peut établir la servitude, du moins il est aussi dans la nature de punir les délinquants par la privation de cette liberté (2).

Dans l'intérêt de la sécurité générale, le vainqueur peut changer la forme de gouvernement du pays vaincu (3) ; s'il respecte la forme ancienne, il a le droit quelquefois de toucher à la religion de cet Etat. Non pas qu'il puisse imposer une religion nouvelle quand une religion antérieure existe déjà, car nous avons vu que la nature de la religion postule sa liberté, mais il serait fondé à imposer une religion à ceux qui, n'en ayant pas, nient Dieu et la Providence, ou admettent, comme les Epicuriens, l'idée mais non la chose, et ainsi violent la loi de la nature qui veut qu'on ait une religion (4).

Mais dans tous les cas il peut imposer un changement de langue, s'il a à le faire un avantage sérieux. Dans sa vengeance cependant le vainqueur doit plutôt observer l'honnêteté que rechercher l'utilité (5). Son but principal doit être d'assurer la paix future d'une façon durable ; il ne peut le remplir qu'en suivant les principes de la loi de nature, en se conformant à la nature des choses bien plus qu'à des formalités religieuses, comme le serment (6).

(1) Liv. III, ch. VIII : *De ducibus hostium captis.*
(2) Liv. III, ch. IX : *De servis.*
(3) Liv. III, ch. X : *De statu mutando.*
(4) Liv. III, ch. XI : *De religioniz aliarumque rerum mutatione.*
(5) Liv. III, ch. XII : *Si utile cum honesto pugnet.*
(6) Liv. III, ch. XIII : *De pace futura constituenda.*

La paix est l'œuvre des traités. Ceux-ci doivent être clairs dans leur rédaction et échapper autant que possible à la controverse : ce ne sont pas, comme le prétend Balde, des contrats de droit strict, mais des contrats de bonne foi, comme tous les contrats des princes. Ils ne sont pas viciés par la crainte, qui résulte de toute guerre. Même les conventions faites par les princes captifs les lient, pourvu que la capture ait été justement effectuée. Mais les sujets ne sont pas tenus d'obéir aux ordres du prince captif. A la différence de la crainte, la fraude et l'erreur vicient les contrats des princes comme ceux des particuliers. A part cela les contrats des princes appartiennent au droit des gens et sont par lui interprétés, plutôt que par le droit civil : ainsi la clause *rebus sic stantibus* est toujours sous-entendue(1).

Le contenu des traités est déterminé : ainsi les pouvoirs du prince ne vont pas jusqu'à lui permettre de substituer à la guerre devenue imminente un combat singulier. En effet, si la guerre est légitime parce qu'elle est nécessaire, le duel est défendu parce qu'il ne l'est pas et il ne peut être substitué à la guerre parce que les particuliers n'ont pas le droit de faire la guerre, malgré les exemples classiques qu'on en a (2). Un prince ne peut davantage aliéner par traité son royaume, d'après une règle du droit des gens. C'est une « hallucination » des théologiens, une flatterie des juristes de dire aux princes que tout leur est permis et que leur souveraineté est absolue. Il est ridicule d'affirmer que les papes ont donné à l'Empereur ou aux rois un pouvoir illimité, ou que le peuple l'a délégué lui-même directement : le peuple est libre mais il ne peut déléguer qu'un pouvoir d'administration. Les princes n'ont donc pas un pouvoir d'aliénation (3).

(1) Liv. III, ch. XIV : *De jure conveniendi.*
(2) Liv. III, ch. XV : *De quibus cavetur in fœderibus et de duello.*
(3) *Ibid.*

Le prince ne peut accepter des réserves pour les libertés publiques, quand il les veut pouvoir restreindre à son gré, parce qu'alors elles restent sous un régime unilatéral (1).

S'il n'en est pas autrement disposé par le traité, les champs, les édifices demeurent au pouvoir de l'occupant ; il en est de même du navire, des armes et du butin. Les captifs, s'ils sont libérés, ont le droit de *postliminium* (2).

En outre du traité de paix, peuvent être conclus des pactes d'amitié ou des pactes de société. Les premiers ne comportent que des devoirs moraux généraux, comme celui d'assistance, les seconds constituent des traités d'alliance défensive, offensive, ou à la fois défensive et offensive. Mais le pacte cesse de valoir pour une guerre illicite. Un Etat allié à deux autres Etats entre lesquels éclate la guerre doit porter secours à celui avec lequel il est lié, en dehors du traité qui tombe parce qu'il est contradictoire, par d'autres obligations (3).

Peut-on faire un pacte avec des hommes d'une autre religion ? Un traité de commerce est assurément légitime, car le commerce est une loi de la nature. Un pacte d'alliance serait encore licite, s'il était conclu avec des infidèles contre d'autres infidèles, mais il ne saurait avoir pour but de mettre des fidèles sous la domination d'infidèles. Les Macchabées, les rois de Juda, les Portugais ont cependant fait des alliances de cette seconde espèce, mais elles sont illégitimes. On a dit que la raison en était dans ce fait que les traités n'ont de valeur que par celle de la parole donnée et la foi du serment ; or, on ne peut se fier à la parole ni recevoir un serment des infidèles. L'alliance de François Ier avec les Turcs ne devait donc pas être approuvée (4). Mais

(1) Liv. III, ch. XVI : *De legibus et libertate.*

(2) Liv. III, ch. XVII : *De agris et postliminio.*

(3) Liv. III, ch. XVIII : *De amicitia et societate.*

(4) Liv. III, ch. XIX : *Si fœdus recte contrahitur cum diversæ religionis hominibus.*

cette raison aurait la même valeur pour tous les traités.

Dans l'interprétation des clauses des traités, on entend par armée l'ensemble des soldats réunis sous un même chef, et par flotte un certain nombre de vaisseaux suivant une composition déterminée. Le traité doit préciser ces points (1). Quand il porte qu'aucune fortification ne sera élevée sur la frontière, il n'est pas violé par une construction quelconque; c'est un droit de faire ce qui est nécessaire pour sa sécurité, mais ce ne doit pas se présenter comme une menace pour l'Etat voisin (2).

Nous avons déjà vu que certains traités n'obligent pas le contractant lui-même qui ne peut aliéner son royaume, dont il n'est pas le propriétaire mais seulement l'administrateur, le tuteur, le curateur, l'usager, l'usufruitier. Seuls les despotes comme le sultan qui n'ont que des esclaves dans leurs royaumes peuvent consentir de telles aliénations.

A fortiori, les premiers ne peuvent-ils lier leurs successeurs, par de tels traités.

Pour les autres traités on distingue en général : 1° les conventions conclues pour mettre fin à la guerre et affirmer la paix : c'est là une transaction que peut accomplir un tuteur ou un administrateur ; elles obligent les successeurs, comme les obligations pécuniaires ; 2° les pactes d'amitié ou d'alliance (*societas*) ne lient pas au contraire les successeurs, car il est de la nature de la société d'être personnelle. On ne pourrait même convenir que le traité se continuera après la mort des contractants, à moins que le contrat soit passé, comme à Rome, non avec le prince mais avec le peuple lui-même.

Telle est l'opinion générale. Mais une telle distinction, dit Gentilis, est à rejeter : en effet, non seulement la personnalité du lieu n'est pas de l'essence de la société, puisqu'elle

(1) Liv. III, ch. xx : *De armis et classibus.*
(2) Liv. III, ch. xxi : *De arcibus et præsidiis.*

n'existe pas pour les sociétés de publicains, mais encore, comme le remarque Alciat, l'héritier continue la personne du défunt et le tuteur, d'après Balde, peut contracter pour un temps plus long que la tutelle. Pour nous, d'ailleurs, il suffit de remarquer que le droit exercé par le peuple à Rome est de la nature et du contenu du principat. Telle est la solution, bien que, dans le droit actuel, il soit plus prudent pour les successeurs de renouveler le traité (1).

Le traité dressé par un tabellion public ne lie les princes que quand ils l'ont ratifié, car le notaire ne représente pas les absents ; mais les sujets sont liés par l'acte du prince qui les représente, dès avant la ratification, au moment de la paix.

L'adhésion au traité de la part de tiers ne vise que l'effet principal qu'a en vue la convention et non les effets spéciaux entre les parties (2).

Le traité n'est pas violé par une expédition contre des pirates ou par l'asile donné aux exilés ou aux bannis, si l'acte ne prévoit pas cet objet.

Il ne l'est pas davantage quand on le transgresse pour des raisons de droit.

On peut y renoncer quand une des conditions n'est pas remplie, ou s'il est impossible d'y donner suite.

Mais tout traité est indivisible ; il tombe en entier quand une de ses clauses n'est pas observée.

La violation d'un traité constitue à la charge de son auteur une offense envers l'autre partie : légère, elle peut ne pas rompre la paix ; lourde, elle expose l'auteur à la vengeance de son adversaire. Mais elle n'autorise pas cependant ce dernier à user également de perfidie dans d'autres négociations (3).

(1) Liv. III, ch. XXII : *Si successores fœderatorum tenentur.*

(2) Liv. III, ch. XXIII : *De ratihabitione privatis, piratis, exsulibus, adhærentibus.*

(3) Liv. III, ch. XXIV : *Quando fœdus violatur.*

Tel est le contenu du *De jure belli* que Gentilis termine par une invocation à Dieu et une hymne à la paix.

b) *Le « De legationibus »*.

A la différence du *De jure belli*, le *De legationibus* se présente moins comme un traité dogmatique que comme une histoire des légations. Ecrit à l'occasion de l'incident Mendoza, dédié à son ami et protecteur illustre Sir Philippe Sydney, l'ouvrage se compose de trois livres.

Le premier traite de l'origine historique des différentes sortes d'ambassades et des cérémonies que l'ancien droit fécial des Romains y rattachait.

Le second s'occupe des privilèges et immunités des ambassadeurs.

Le troisième énumère les qualités que doit posséder un bon ambassadeur.

Livre I. — On a attribué à Dieu des envoyés comme les apôtres, les anges, les démons auxquels les anciens ajoutaient les oiseaux et les songes. Les princes ont aussi des messagers.

L'ambassadeur est une personne envoyée publiquement, avec un caractère sacré, auprès d'une nation ou d'une personne sacrée dans l'intérêt de l'Etat, ou même, sans revêtir ce caractère, chargée de faire une communication ou de traiter une affaire (1).

On distingue les ambassades d'après le caractère de la personne qui l'envoie et celui de la personne qui la reçoit. Une mission peut être déléguée par un Etat libre à un prince de même pouvoir, par un Etat ou prince sujets à un Etat ou prince de même condition, par l'un des premiers à l'un des seconds ou inversement.

On peut aussi les distinguer d'après la nature de leur ob-

(1) I, II.

jet, suivant qu'elles se rapportent aux affaires publiques ou à un intérêt privé.

Il y a ambassade libre quand quelqu'un va traiter ses propres affaires tout en étant revêtu du titre d'ambassadeur (1).

Il y a ambassade publique quand son objet est une mission publique : il y a des missions d'affaires (*negotii*) comme la déclaration de paix ou de guerre, des missions officieuses (*officii*) comme la présentation de compliments, de condoléances, des missions temporaires (*temporis*) que nous appelons des résidences (2).

L'auteur fait ensuite l'histoire des ambassades, en tirant ces exemples de Tite-Live, de Tacite, de Xénophon, de Polybe, de Plutarque et des autres historiens classiques, et il étudie le droit des féciaux (3).

Livre II. — Le second livre, le seul important du *De legationibus*, traite du droit de légation.

Les ambassadeurs ne sont pas inviolables, excepté chez le peuple auprès duquel ils sont accrédités (4); néanmoins partout où ils se trouvent ils doivent être, comme missionnaires de paix, courtoisement traités. Les légats religieux cependant sont considérés comme sacrés en tout lieu, il en est ainsi de ceux qui se rendent à un concile.

On ne peut jamais refuser à un ambasseur le libre passage sur son territoire, ni s'opposer à ce qu'il aille sur le territoire d'un Etat autre que celui auquel ils sont attachés (5).

Un ambassadeur envoyé pour espionner ou pour user de perfidie vis-à-vis du peuple auprès duquel il est accrédité peut ne pas être reçu par ce dernier (6).

(1) I, VIII.
(2) I, V.
(3) p. 19 et s.
(4) p. 43.
(5) Liv. II, ch. III.
(6) p. 45-47.

Si, après avoir fait accepter ces lettres de crédit, il espionne ou complote, il doit être renvoyé. Mais on ne peut lui faire subir un traitement plus dur, bien que l'opinion contraire soit généralement admise et que César donne au souverain offensé le droit de mettre à mort l'ambassadeur délinquant (1).

Un souverain ne peut refuser de recevoir une ambassade publique que pour une juste cause. Mais il peut toujours refuser de recevoir une ambassade privée officieuse temporaire (*liberæ legationes officiosæ et temporariæ*). C'est ainsi qu'Henri VII d'Angteterre refusa avec raison de recevoir des ministres résidents.

Le souverain qui viole le droit des légats d'un prince n'a pas à espérer le respect des siens ; c'est la sanction ordinaire du droit de légation (2).

Celui-ci cependant ne s'étend ni aux brigands (3), ni aux pirates, ni aux rebelles qui ne sont pas des *hostes* (4).

Mais dans une guerre civile chacun des deux partis veut avoir ce droit et le refuser à son adversaire : ce n'est que quand ils sont égaux en puissance qu'ils peuvent se regarder comme des *hostes* et jouir entre eux ou vis-à-vis des autres Etats du droit de légation (5).

Les hérétiques et les excommuniés ne sauraient, par le fait seul de leur hérésie, être privés de ce droit, car ils ne doivent pas être exclus de la communauté politique et sont soumis aux lois publiques (6). C'est à tort qu'on a voulu le refuser à Venise parce que elle avait été placée en dehors de l'Eglise par le pape Jules II. On admet aujourd'hui les ambassades des protestants, des mahométans, des Juifs, qui

(1) II, ch. XIII. Cf. II, XVIII, p. 79.
(2) II, ch. V, p. 49. Cf. II, XIV, p. 70.
(3) p. 55.
(4) Liv. II, ch. VII, VIII, p. 53.
(5) Liv. II, ch. IX, p. 57.
(6) II, XI.

ont joui autrefois de ce droit (1). N'ont-ils pas d'ailleurs tous le même Dieu et par conséquent ne présentent-ils pas les mêmes garanties de foi dans la parole donnée ? Ainsi le veut d'ailleurs sinon le droit des gens du moins la raison naturelle (2).

Le droit de légation cesse en temps de guerre (3).

Non seulement les ambassadeurs eux-mêmes, mais encore leur suite, leurs biens et leur demeure sont sacrés, et Gentilis en donne une très large interprétation (4).

Mais l'auteur veut restreindre le plus possible les privilèges des ministres publics en matière de responsabilité civile. L'ambassadeur doit être soumis à la juridiction civile des tribunaux du lieu qu'il habite, pour tout ce qui regarde les contrats qu'il peut avoir passés pendant sa mission. Ce leur est d'ailleurs nécessaire, car sans cela, personne ne veut contracter avec eux. De plus, il serait à craindre qu'un ambassadeur étranger dépouillât injustement par la fraude un national de ses biens (5).

Pour ses délits, au contraire, il ne saurait être soumis à la loi et aux tribunaux criminels locaux. Même s'il conspire, il ne peut qu'être renvoyé. Telle fut la conduite correcte du gouvernement anglais dans l'affaire Mendoza, ambassadeur espagnol qui entra dans un complot formé contre la vie et le trône de la reine (6).

Un châtiment, même la peine capitale, pourrait cependant frapper l'auteur d'une injure personnelle adressée au souverain; le prince de l'ambassadeur devrait alors livrer son ministre au souverain offensé (7).

(1) p. 63. « *Ergo in quocumque discrimine religionis manent jura legationum.* »

(2) p. 64.

(3) II, XII.

(4) II, XV.

(5) II, XVI, p. 74-76. C'est là une opinion originale de Gentilis qu'on ne trouve pas dans les auteurs de son temps.

(6) II, XVIII.

(7) II, XIX, p. 80.

Livre III. — Le livre III s'occupe exclusivement des qualités d'un bon ambassadeur. Elles sont fort nombreuses. L'ambassadeur doit avoir reçu de la nature des dons dont il ne saurait se passer : ce doit être un esprit éminent (1), un orateur (2), un esprit cultivé (3) et lettré (4) ; il doit avoir des aptitudes spéciales de promptitude de jugement : il doit avoir de la dignité dans les manières (5), et c'est pourquoi il est indigne d'un roi (Louis XI) de se servir de son barbier comme légat (6) ; il doit parler la langue du pays où il va afin de ne pas avoir recours à un interprète (7) ; avoir une grande connaissance de l'histoire, laquelle lui fait acquérir une expérience, qui peut ne pas lui être personnelle (8), des mœurs et des constitutions des pays.

Il doit s'attacher à la vérité et à la justice, tenir religieusement sa parole, et ne pas se laisser gagner par des étrangers (9).

Un grand courage lui est nécessaire parce qu'il est parfois exposé à des dangers (10).

Il doit être conciliant mais ferme et toujours tempérant afin de ne pas perdre son sang-froid et sa prudence dans la chaleur communicative des banquets (11).

Sa prudence doit l'empêcher de se tromper ou d'être trompé : il ne peut jamais s'engager à fond et doit toujours ménager sa retraite (12).

(1) III, v.
(2) III, vi.
(3) III, ch. ii.
(4) III, x.
(5) III, ii.
(6) p. 99.
(7) III, vii.
(8) III, viii.
(9) III, xi.
(10) III, xii et xviii.
(11) III, xiii.
(12) III, xiv, xv.

Il ne peut tromper son prince, même s'il croit cela utile à la cause qu'il sert (1).

Celui qui réunirait toutes ces vertus et toutes ces qualités serait un parfait ambassadeur : ce parfait ambassadeur existe, dit l'auteur, en la personne de Sir Philippe Sydney, à qui le livre est dédié (2).

c) *Hispanicæ advocationis libri suo.*

La plaidoirie prononcée par Gentilis devant la Cour anglaise d'amirauté dans le débat entre l'Espagne et la Hollande qui avait prétendu saisir des vaisseaux espagnols dans les eaux anglaises, est l'œuvre d'un esprit déjà mûri dans l'examen des difficultés du droit international.

Nous avons vu que dans le *De jure belli* il défendait la liberté du commerce des neutres et ne la restreignait que par la nécessité de la défense. Il arrive à la même concluclusion dans l'*Advocatio Hispanica* ; les solutions qu'il donne dans différentes hypothèses étaient alors niées pour la plupart, mais le droit moderne les a confirmées.

Selon lui, la souveraineté est territoriale : c'est le principe d'où il part. Mais on identifiait alors fréquemment le droit de souveraineté et le droit de propriété privée. Dans la théorie féodale, le territoire et le domaine privé (*nihil est aliud territorium quam dominium*). La guerre, disait-on, est comme la chasse. On ne peut aller sur le territoire d'autrui. Mais si on a pénétré malgré le propriétaire sur sa terre, on fait cependant sien le gibier capturé à condition que la poursuite ait commencé en terrain permis. Cette

(1) III, XVI.

(2) III, XXII. « *In unum virum excellentem hanc formam inveniri et ostendi posse confido, nam in omnia sic habet, quæ ad summum hunc nostrum oratorem constituendum requiruntur ut cumulatoria etiam haberet et ampliora, is est : Philippus Sydneius.* »

théorie est critiquée par Gentilis : la situation de l'ennemi ne peut être comparée à celle d'un gibier. Le droit de souveraineté comprend d'autres éléments que le droit de propriété. Le territoire étranger offre toute sécurité aux personnes qui s'y réfugient ou aux biens qui y sont transportés (*alienum territorium securitatem præstat*). Le changement de territoire implique en effet un changement de souveraineté (*et mutato territorio mutatur potestas*).

Dès lors le droit de refuge existe pour les belligérants sur le territoire d'un autre pays (*postliminium est apud amicum communem*).

Il n'est pas permis de capturer un ennemi sur un territoire étranger (*non licet hostem capere in territorio alieno*).

On ne peut conduire des prisonniers en passant sur ce territoire (*non licet hostem captum ducere per territorium alienum*).

Il n'est pas permis de tuer ceux qui se rendent à l'armée ennemie pour nous combattre (*utrum cædamus juste eos qui proficiscuntur ad militiam nostrorum hostium?*)

Le roi peut donc donner asile aux navires espagnols poursuivis par les Hollandais.

Mais ces solutions libérales ne sauraient cependant mettre l'Etat en péril. L'équité veut la liberté du commerce, mais la loi naturelle commande à l'Etat de se défendre. Dans le premier cas il ne s'agit que d'intérêts privés, dans le second le sort même du royaume est en jeu. Le salut de l'Etat doit donc passer avant celui du commerce, la *Nature* avant l'individu, la vie avant l'intérêt pécuniaire. « *Jus commerciorum æquum est, at hoc æquius tuendæ salutis. Est illud gentium jus, hoc Naturæ est* » La liberté commerciale est donc limitée par la nécessité de priver son adversaire des moyens de guerre qu'il en pourrait retirer (1).

Spécialement, Gentilis condamne les *lettres de marque* alors en pleine faveur : *Dico esse odiosissimum hoc jus*

(1) I, XXI.

litterarum markæ quod merito divinissimus noster rex abominatur ; per quod geretur latrocinium verius quam bellum contra inermes et innoxios mercatores et alios ab aciebus longe positos (1).

d) *De unione regnorum Britanniæ.*

On croirait devoir trouver dans le *de unione regnorum* une théorie sur les unions d'Etats: on n'y recueille que quelques aperçus, c'est moins une œuvre juridique qu'un article politique sur l'utilité de cette union, comme l'indique l'exergue de l'ouvrage : « dans la constitution de choses nouvelles, l'utilité doit être évidente pour qu'on se sépare du droit qui longtemps a paru juste ».

L'union d'Etat n'est pas un « mélange », une confusion de deux Etats en un seul ; ce n'est même pas une « quasi-confusion » (*quasi mixtum*) comme le veut Balde, c'est un *pacte de société*. L'union est une société contractée entre l'Ecosse et l'Angleterre afin que les Ecossais ne soient plus des étrangers en Angleterre ni les Anglais en Ecosse.

Par cet acte les deux pays acceptent le même roi et les mêmes organes extérieurs.

Mais on ne peut unir les deux églises, de nature différente.

L'auteur cependant après avoir dit qu'il s'agit d'une société, c'est-à-dire d'une union personnelle selon lui, commet une erreur quand il compare le régime établi à celui qui existe entre les différents Etats qui composent la France ou à l'union de la Lithuanie et de la Pologne : il ne s'agit plus en effet ici d'unions personnelles mais d'unions personnelles et réelles, de « confusion » de diverses collectivités politiques en une seule.

(1) Au contraire, Covarruvias admettait leur légitimité, et Grotius n'osera pas les condamner formellement.

Dans la première partie de son article, Gentilis traite des avantages politiques de cette union, dans une seconde partie, des inconvénients qu'elle peut offrir dans le cas présent. Il se préoccupe ainsi moins des principes juridiques que des contingences historiques.

III

SA THÉORIE — SA MÉTHODE

Toutes les solutions que Gentilis apporte aux problèmes agités au XVIe siècle découlent d'une idée qui n'est pas systématisée dans ses œuvres, mais dont les éléments épars constituent cependant une doctrine établie.

Il nous appartient de les dégager.

Le droit international c'est pour notre auteur le droit de la communauté des Etats, c'est l'œuvre de la grande république de l'humanité (1). L'idée de l'unité du monde domine toutes les doctrines du Moyen Age et la constitution d'un Etat universel était considérée comme le *Bien* absolu en soi et comme une condition essentielle de la paix générale (2).

Mais on s'était séparé sur le point de savoir dans quelle autorité se résumait la souveraineté de la République universelle.

Les civilistes romains, commentateurs du Digeste, voyaient l'unité du monde dans la continuation de l'Empire romain dont les traditions se perpétuaient dans le Saint Empire Romain Germanique : alors le droit de la communauté internationale demeurait une des branches du

(1) *De jure belli*, I, 1.

(2) DANTE, *De Monarchia* : « *Maxime ens est maxime Unum, et maxime Unum est maxime Bonum* ».

droit civil, lequel devait être appliqué dans tout l'Empire. C'est ainsi que Bartole affirmait que dans les pays d'Empire les chrétiens prisonniers de guerre ne pouvaient être réduits en esclavage par ce qu'en vertu de la constitution de Caracalla ils jouissaient du droit de cité dans tout l'Empire. Charlemagne, Othon le Grand, Henri III avaient bien en partie réalisé cette unité de l'Empire, mais leur sceptre se brisa définitivement, tant par l'émancipation des rois que dans la lutte de l'Empire contre la papauté.

Les canonistes, au contraire, voient l'unité cherchée dans l'Eglise *catholique*, c'est-à-dire universelle. C'est à cette confédération de royaumes que saint Augustin élevait le monument de la *Civitas Dei*, cité d'un ordre supérieur dans laquelle se confondent tous les Etats unis dans la foi catholique et en dehors de laquelle il n'est pas de droit international. Saint Thomas d'Aquin, Ægidio Colonna, Le Dante défendent l'unité ecclésiastique : le monde leur apparaît comme un tout fondé par Dieu, un corps mystique sous la direction du Pape. La papauté, en fait, par le concours apporté aux maires du palais mérovingiens, et pour avoir posé la couronne sur le front de Charlemagne, avait grandi. Quand le pouvoir impérial qui s'étendait en droit des rives du Bosphore aux bords de l'Atlantique ne fut plus assez fort pour remplir son rôle d'arbitre souverain dans les querelles des nations, la papauté tenta de jouer ce rôle.

Tant que l'Empire subsista on concilia les deux pouvoirs. Dieu maître du ciel était représenté par le Pape, Dieu maître de la terre avait pour mandataire l'Empereur, l'un était le chef spirituel, l'autre le chef temporel : l'Eglise et l'Empire étaient une seule et même chose, la communauté des Etats, mais vue sous ses deux faces (1).

(1) Il est encore fait allusion à cette théorie dans une déclaration récente du Vatican. A la demande d'appui moral à lui adressée par la reine des Pays-Bas en faveur de la Conférence de la Paix, le Pape répondait, le 29 mai 1899 : « Notre auguste Ministère de par le divin Fondateur de l'Eglise et en vertu de traditions bien

Après la lutte des deux pouvoirs aux prises, l'Eglise, moralement victorieuse, garda, grâce à son organisation, son caractère universel pendant que l'Empire perdait le sien, par l'affranchissement des rois. Mais elle-même épuisée, atteinte dans son autorité morale (1), va se voir dénier son caractère de communauté internationale des Etats par Ockam (2), Marsile de Padoue (3), Wycliffe et les écrivains de la Réforme.

Dès lors, la société des Etats ne trouve plus sa constitution laïque dans l'Empire, ou religieuse dans l'Eglise catholique, il faut, pour ne pas laisser tomber les liens de droit qui doivent unir les nations, lui trouver un autre fondement. Les écrivains protestants fondent la communauté des Etats non plus sur la loi religieuse mais sur *la loi naturelle*. Telle est la solution de Gentilis.

Et par suite une nouvelle extension est donnée à cette communauté, car elle ne comprend plus seulement les adeptes de la religion catholique, mais encore l'humanité tout entière (4), y compris les hérétiques et les infidèles. *Non unius est Reipublicæ sed omnium* (5).

La loi internationale n'est plus un lien de dépendance vis-à-vis de l'*imperium romanum* ou un corollaire de la loi divine (6), c'est, dit Gentilis, une loi naturelle qui unit

des fois séculaires, possède une sorte de haute investiture comme médiateur de la paix. En effet, l'autorité du Pontificat suprême dépasse les frontières des nations ; elle embrasse tous les peuples afin de les *confédérer* dans la vraie paix de l'Evangile ».

(1) Æneas Silvius, qui devait ceindre la tiare sous le nom de Pie II, écrivait déjà au milieu du xve siècle : « La chrétienté est maintenant un corps sans tête, une république privée de lois et de magistrats » (*De ortu et auctoritate imperii romani*).

(2) Ockam, *Disputatio super potestatis prælatis Ecclesiæ*.

(3) Marsile de Padoue, *Defensor Pacis*. Cf. Alvarez Guerreiro, *Juris pontifici Cæsarique speculum*.

(4) *De jure belli*, I, i.

(5) *Ibid.*

(6) *Ibid.*, et t, xxiii ; *De legationibus*, I, iv, Cf. *De potestate regis absoluta* et la critique que Gentilis fait de la théorie de Balde.

entre eux des Etats indépendants et autonomes, mais obéissant à la loi de sociabilité et dont les intérêts sont solidaires parce que ce sont des intérêts humains. Le droit international a ainsi son fondement dans la raison naturelle (1).

Les conséquences de cette doctrine, tant au point de vue des théories de l'auteur qu'au point de vue de sa méthode, en sont aisément déduites.

En premier lieu, les hérétiques et les infidèles étant admis dans la communauté des Etats, il ne saurait être question de leur dénier le droit de souveraineté sur leurs propres domaines, ce droit n'ayant pas un caractère civil ou religieux (2).

L'hérésie ou l'infidélité ne peuvent constituer une juste cause de guerre (3). — Les hérétiques, les infidèles, les excommuniés jouissent du droit d'ambassade (4). — On peut passer avec eux des traités d'alliance qui ont une valeur juridique (5).

En second lieu, la réglementation de la guerre n'est ni civile, ni religieuse, elle est naturelle (6) : les institutions

(1) *Ibid.* Cf. *De legationibus*, p. 64.

(2) Cf. Vitoria, *Relect.* 5. Au contraire beaucoup d'auteurs avaient jusque-là soutenu que les princes catholiques pouvaient seuls avoir le *dominium* (Arnault Albertino, *Repetitio in rubrican* : *De Hæreticis*, dans les *Responsa juris canonici*, Cologne, 1618, t. V, p. 600).

(3) Nous avons vu que, bien que posant le principe, Gentilis tente de justifier la guerre contre les Turcs soit parce qu'ils se sont opposés au passage des chrétiens, soit parce qu'ils ont attaqué ceux-ci et les ont obligés à se défendre, et les expéditions contre les naturels d'Amérique sous le prétexte que ces derniers sont anthropophages ou entretiennent un commerce immoral avec les animaux. V. ci-dessus p. 58. *De jure belli*, I, ix ; I. xxv ; I. xii. Contra : Bartole, *Commentaria* : *De captivis* ; Henri de Suze, *Summa aurea*, 5 : *De Sarracenio* ; G. da Legnano, *Tractatus universis juris*, t. XVI : *De Bello*, p. 37 ɟ.

(4) *De legationibus*, II, xi.

(5) *De jure belli*, III, 19.

(6) Au Moyen Age les sources du droit de la guerre étaient exclu-

civiles, comme la quarantaine le Roy, ou religieuses comme la trêve de Dieu, ne lient pas les belligérants ; la déclaration de guerre a ses règles spéciales (1).

En troisième lieu, la terre appartenant à tous et la mer étant ouverte à chacun, le droit de passage innocent ne peut être refusé ni sur l'un ni sur l'autre (2) sans constituer une violation du droit, et le refus du commerce, fait essentiellement social, constitue une offense contre la société humaine. De là l'auteur tire la théorie des droits des neutres (3).

La méthode de Gentilis s'explique également par sa doctrine. Repoussant les conceptions civilistes ou théologiques avant lui émises, il rejette la méthode qui les avait inspirées.

La méthode dogmatique des philosophes et des théologiens ne pouvait être le chemin qui devait conduire Gentilis dans une science dont il niait les principes jusqu'alors admis : la voie de la déduction lui était fermée et, dans un état de science peu avancé, il ne pouvait construire de toutes pièces une doctrine nouvelle. Il cite peu en général les théologiens ; il fait à saint Augustin quelques emprunts, mais impose silence aux autres dans une matière qu'il déclare leur être étrangère : *Silete theologi in munere alieno* (4). Il n'emprunte guère plus aux philosophes si ce n'est dans leurs écrits littéraires pour lesquels Cicéron surtout, puis Aristote, Platon, Sénèque sont mis à contribution (5).

sivement tirées du droit romain et du droit canon, surtout pour ce dernier du décret de Gratien (2e p., cause 23 : *De re militari et bello*), de la théologie de saint Augustin et de la *Somme* de saint Thomas.

(1) *De jure belli*, II, I.

(2) *Ibid.*, I, XIX. Cf. *Advocatio Hispanica.*

(3) *Ibid.*

(4) *De jure belli*, I, XII.

(5) Voir pour toutes les citations la « table des auteurs cités » de Holland, jointe à l'édition qu'il a donnée du *De jure belli*, en 1877.

Il n'use pas davantage de la méthode exégétique, dans l'emploi de laquelle avaient brillé ses devanciers les civilistes de l'école de Bologne. C'est qu'en effet il ne fait pas sortir son droit international d'un commentaire du Digeste. Et cependant c'était un civiliste de la vieille école, qui, se rangeant sous le drapeau de Bartole contre les « Alcialistes », lance une vigoureuse satire contre la nouvelle école de Cujas et d'Alciat, auxquels il dénie la qualité de juristes dans le *De juris interpretibus* (1).

D'ailleurs il se défend du blâme qu'avait encouru Bartole de confondre le droit civil et le droit international ; il repousse par exemple l'assimilation faite par ce dernier, des principes juridiques admis en matière de chasse sur le terrain d'autrui et ceux de la guerre poursuivie sur le territoire étranger ; s'il appelle dans le *De jure belli* (2) ou le *De unione regnorum* (3) l'alliance ou l'union d'Etats une *societas*, il a soin d'indiquer que cette société n'obéit pas aux principes du droit civil, et qu'il n'y a qu'analogie

(1) *De juris interpretibus*, ch. VI. Cf. *De jure belli*, I, 1. Le droit romain et le droit canon sont délaissés par les protestants à Oxford « The civil and canon laws, dit Wood (*History*, II, 79), were almost extinct and few or none there were that took degrees in them, occasioned mainley by the decay of the Church and power of the Bishops ». Ayliffe, dans son histoire de l'Université d'Oxford, nous dit qu'on laissait dévorer par les vers les livres de droit civil et de droit canon parce qu'ils sentaient trop la Papauté : « The books of the civil and canon law were set aside to be devoured with worms, as savouring too much of Popery. » (*Ancient and present state of the University of Oxford*, I, p. 188). Gentilis pour avoir réagi contre cette tendance (W. Fulbecke, *Direction or preparation of the study, of the law*, ch. III) vit douter de la sincérité de son protestantisme (Bayle, *Dict.*, v° *Gentilis*). Il cite en effet quelques canonistes et quelquefois des juristes de l'ancienne Ecole comme Balde et Bartole, plus fréquemment qu'Alciat et Cujas ; en général il préfère les publicistes historiens comme Bodin (V. *De j. b.*, I, I) et Hotoman.

(2) *De jure belli*, III, XXII.

(3) *De unione regnorum Britanniæ*, prolég.

entre les deux situations. Peut-être n'échappe-t-il pas complètement à ce reproche quand il applique à tort à l'ambassadeur étranger la loi *Julia Majestatis* (1) ou quand il discute si les traités et les conventions militaires sont des contrats de bonne foi ou de droit strict et Ward est-il fondé à voir un abus du droit romain dans sa théorie de la prescription en droit international (2) ?

Mais la méthode de Gentilis nous apparaît purement et simplement comme une méthode historique.

Il a publié lui-même beaucoup de travaux historiques (3), et son érudition est considérable à en juger par la quantité de citations dont sont inondés ses ouvrages (4).

Ces citations sont pour la plupart empruntées aux historiens les plus variés : Xénophon, Thucydide, Hérodote, Polybe, Plutarque, Hiéronyme, Pausanias, Appien, Cæsar, Philo, Diodore, Tacite, Tite-Live, Justin, Aulu-Gèle, Florus, Josèphe, Paul, Zonaras, Tartagnus, Imola, Guicciardini sont pêle-mêle et très fréquemment cités.

Lui-même rapporte de nombreux faits qui se sont passés au cours du XVIe siècle, ce qui a fait dire à Sclopis que le meilleur commentaire des événements historiques de ce siècle c'est l'œuvre de Gentilis. En ce sens, il nous semble avoir une méthode plus sûre que celle de Grotius. Celui-ci, en effet, aux faits contemporains préfère les exemples

(1) *De legationibus*, II, VII-VIII.

(2) *De jure belli*, I, XXII et s. (WARD, *Enquiry into the foundation and history of the law of Nations in Europe*, II, p. 609). Cependant M. Reiger qui fait également ce reproche à notre auteur nous paraît trop sévère et les espèces qu'il prétend voir résolues par des principes du droit romain nous semblent au contraire résulter de la pratique internationale du Moyen Age, dans laquelle, il est vrai, ce droit eut sans doute son influence doctrinale. Mais le reproche s'adresserait alors à la coutume admise et non à l'auteur (voir RIEGER, *op. cit.*, p. 62 et s.)

(3) Voir ci-dessus, p. 46 et s.

(4) Voir la table précitée pour le *De jure belli*.

des Grecs et des Romains qui, « étant des meilleurs temps et des peuples les plus sages ont le plus de poids ».

Et cependant chez notre auteur cette érudition n'aboutit pas à un sec exposé des faits, défaut dans lequel il reproche à Bodin et à Faber d'être tombés. Il expose les faits, il ne les érige pas en règle de droit, mais de leur examen, il cherche à tirer cette règle. *Exempla et facta expendenda sunt sua lance* (*De j. b.* I. 1). *Facta non quærimus, aut ex factis jus constituimus : sed ex jure examinamus facta et faciendis præjudicamus* (*De j. b.* I, 20).

Mais cet examen des faits lui suffit et il déclare qu'à part le traité de Lignanus (1) il n'a lu aucun ouvrage de doctrine sur le droit de la guerre, sur lequel d'ailleurs il n'a été, dit-il, écrit rien de bon (2).

La méthode de Gentilis le conduit ainsi à une conception qui ne s'était pas fait jour avant lui et qu'on ne retrouve peut-être que chez un autre Anglo-Saxon d'un esprit aussi positif, chez Zouch.

Alors que ses contemporains exposaient, *a priori*, les règles du droit déduites de la raison naturelle et de la sociabilité des peuples qui constituent une communauté et dépendent ainsi les uns des autres (3), Gentilis au contraire voit dans ce droit le résultat d'un long accord des peuples, accord qui apparaît par le long usage et que l'histoire rend manifeste. Il dresse ainsi en quelque sorte un Grand Coutumier du droit international.

Sa méthode emporte avec elle ses inconvénients : ne se détachant pas assez des faits qu'il étudie, il n'a pas su construire un système de droit international ; il se contente souvent de constater l'usage ; il exprime parfois le désir de l'humaniser, mais ne fonde pas la règle plus humaine, à laquelle il tend, sur un principe doctrinal : ainsi il constate

(1) Giovanni da Legnano, *De bello, de represaliis et de duello.* Bologne, 1477.

(2) *De jure belli*, I, 1.

(3) Pour Grotius, seule la règle *a priori* sert au droit naturel.

l'usage du pillage des villes, il en voudrait la suppression, mais il ne formule pas le principe général du respect de la propriété privée dans la guerre entre Etats (1). Ses successeurs lui reprocheront aussi, non sans raison, de manquer d'idéalisme.

Désireux de prouver la constance de l'usage, il cite à l'appui le plus grand nombre de faits possibles ; il ne néglige aucun trait saillant de l'histoire, aucune anecdote qui vienne corroborer sa thèse ! de là des longueurs, des arrêts dans la marche des idées, et une certaine fatigue pour le lecteur qui, pendant plusieurs pages, doit subir une revue de toute l'histoire de Moïse à Charles-Quint.

Voulant écrire un traité complet du droit de la guerre, il examine toutes les questions qui ont été posées et accorde parfois autant d'attention à des querelles particulières qu'aux conflits de haute importance ; ainsi il développe longuement la nécessité d'ensevelir les morts, la privation de sépulture étant un vestige du paganisme (2), et s'attarde à démontrer qu'il n'y a pas eu traité entre Josué et les Gabaonites (3) afin de conclure que le droit de traiter avec des peuples d'une autre religion est d'un usage récent.

Aux longueurs, aux hors-d'œuvre fréquents, il faut ajouter à la critique de sa méthode qu'elle l'expose à des répétitions et ne le conduit pas à grouper toutes ses idées sous un principe général. On ne voit bien quelle est la théorie de l'auteur sur les guerres de religion que quand on a lu les chapitres du *De jure belli* qui ont trait à la justice de la guerre (I, 5), aux causes divines (I, 8) et religieuses (I, 9, 10, 11), aux causes naturelles (I, 12), aux causes honorables (I, 25) et au contenu des traités sur les changements de religion (III, 6) ou les pactes d'alliance (III, 18). Dans le *De le-*

(1) *De jure belli*, III, VII.
(2) *De jure belli*, II, XXIV, p. 266-276 !!
(3) *De jure belli*, III, XIX, p. 380-382.

gationibus, il revient au chapitre XVIII du livre III sur le courage et la prudence dont doivent être animés les ambassadeurs, qualités dont il a déjà traité aux chapitres XII et XIV du même livre. Dans le livre I du *De juri belli*, les chapitres XX et suivants n'ont entre eux aucune liaison et commencent tous ainsi : *sequitur nunc illa quæstio.*

Enfin, par sa méthode Gentilis est amené bien moins à discuter la règle de droit qu'à conclure à l'usage établi, le fait ne souffrant pas de discussion.

Mais du moins à côté de ces inconvénients, sa méthode offre l'avantage considérable et d'autant plus apprécié qu'il est plus rare chez les auteurs de cette époque de donner un traité de droit international qui, conçu par un esprit qui avait abordé devant la Cour d'amirauté les difficultés des espèces, offre un intérêt pratique considérable.

Si l'auteur vit parfois dans le passé, il ne néglige cependant aucun des problèmes contemporains : la question des droits de l'Empire dont se prévalait Charles-Quint et celle des prérogatives de la papauté, les relations belliqueuses et les traités d'alliance avec les Turcs, les guerres de conquête entreprises en Amérique, la liberté du commerce sur terre et sur mer, sont étudiées pour la première fois à un point de vue purement juridique. Grotius reprochera à Gentilis d'avoir trop négligé le côté philosophique du droit international et spécialement de ne pas avoir suffisamment discuté la justice ou l'injustice de la guerre. Nous serions aujourd'hui plutôt tentés de lui faire le reproche de s'être au contraire trop longtemps arrêté sur ce point ; mais, en tout cas, cette critique est à nos yeux le meilleur éloge qu'on puisse faire de l'auteur du *De jure belli.*

Il expose ses problèmes dans un style bref, précis, fatigant même dans sa concision, en des phrases hachées menu, au point qu'on croirait se trouver parfois bien plus en présence d'un plan d'idées que d'un développement définitif.

IV

CONCLUSION

De cette étude, que devons-nous conclure sur la part prise par Gentilis dans la formation du droit et sur la place qu'il doit occuper parmi les Pères du droit international.

On dit couramment que le *De jure belli* est le meilleur ouvrage du droit des gens avant le *De jure belli ac pacis* (1) ; Bayle (2), Moreri, Cinelli, Gerdesius (3), Niceron (4). Tiraboschi, Lampredi (5), Cormignani, Mackintosh (6), Romagnosi, Sclopis (7), Cantu, puis Hautefeuille (8), Hollzendorff-Rivier (9), Reddie (10), Cau-

(1) Holtzendorff-Rivier, *Introduction au droit des gens*, 1889, p. 354.

(2) Bayle, *Dictionnaire*, v° *Gentilis*.

(3) Gerdesius, *Specimen italorum reformatorum*.

(4) Niceron, *Mémoires des hommes illustres*.

(5) Lampredi, *Del Commercio dei Popoli neutrali*, préface.

(6) Mackinstosh, *Progress of ethical philosophy*.

(7) Sclopis, *Législ. it.*, II, p. 557.

(8) Hautefeuille, *Hist. dr. maritime*, p. 268. « Le traité de Gentilis serait encore regardé comme un chef d'œuvre de l'Esprit humain s'il n'avait donné naissance au *Traité du Droit de la guerre et de la paix* de Grotius. »

(9) Holtzendorff-Rivier, *Op.* et *loc. cit.*

(10) Reddie, *Researches*, I, p. 303.

chy (1), Nys (2), Kaltenborn (3), Walker (4), Pierantoni (5) répètent que Gentilis fut un des glorieux précurseurs de Grotius.

On conçoit que puissent se placer à ce point de vue ceux qui, suivant l'opinion générale, font dater le droit des gens de Grotius.

Mais c'est mal poser la question, car les deux auteurs ont marché dans deux voies différentes, et suivant celle dans laquelle on se place, il y a moins ou il y a plus dans Gentilis que dans Grotius.

Gentilis demeure inférieur à Grotius dans l'exposé dogmatique des principes rationnels du droit des gens. Ainsi que nous l'avons montré, il n'y a pas chez lui une véritable systématisation du droit ; il abandonne les conceptions purement spéculatives des théologiens et des civilistes dont il ne peut adopter les principes sur l'unité ecclésiastique ou impériale du monde ; c'est par la notion vague et indéterminée de « l'humanité » qu'il détermine le domaine d'application du droit international. Grotius, au contraire, avec les données de Gentilis sur la raison naturelle et la loi de nature construira un système qui lui permettra d'étendre le domaine du droit par une méthode rationnelle et déductive à des situations nouvelles ; il aura ainsi des vues plus larges et plus étendues ; surtout il idéalisera le droit, en dégageant des solutions positives de son prédécesseur des règles, qui, pour n'être pas le droit actuel, le doivent devenir et fera ainsi faire de grands progrès au droit des gens (6).

Mais, par contre, Gentilis demeure supérieur à Grotius par la sûreté de sa méthode, par l'examen scrupuleux des faits

(1) Cauchy, *Droit maritime*, II, p. 33.

(2) Nys, *Le droit de la guerre et les précurseurs de Grotius l. c.*

(3) Kaltenborn, *Die Vorlaüfer der Hugo Grotius*, p. 228 et s.

(4 Walker, *History of law of Nation*, p. 250.

(5) Pierantoni, *Storia*, ch. vii.

(6) M. Rieger (*op. cit.*, ch. v) explique le succès de Grotius aux dépens de Gentilis, surtout par les qualités de style du premier.

auquel il se livre, et par les solutions juridiques qu'il en dégage. Grotius avoue lui-même sur ce point qu'il a beaucoup été aidé, comme d'ailleurs bien d'autres, par l'œuvre de son précurseur, *cujus diligentia sicut alios adjuvari posse scio et me adjutum profiteor* (1).

De plus, Gentilis nous apparaît comme plus proche des modernes par l'importance qu'il accorde aux événements contemporains, à la lutte de François Ier et de Charles-Quint, des Pays-Bas et de l'Espagne, aux guerres italiennes dont la mention disparaît dans l'érudition grotienne.

Les solutions qu'il donne le font apparaître comme bien en avance sur ses contemporains : nous avons signalé le développement qu'il apporte à la théorie de l'immunité de juridiction des ambassadeurs à propos de l'incident Mendoza, les limites étroites qu'il impose à l'exercice du droit de capture sur les navires ou marchandises ennemies, le respect qu'il professe pour la propriété privée des non-combattants ou le territoire des neutres, respect que Grotius ne montrera pas au même degré (2).

Gentilis se montre encore plus précis dans ses définitions juridiques : celle qu'il donne de la guerre est demeurée célèbre. Il est le premier auteur qui ait nié la légitimité de la guerre privée. Grotius sur ce point se montrera inférieur à lui. Tandis que le premier dit de la guerre qu'elle est la lutte juridique et armée de deux Etats (*bellum est publicorum armorum justa contentio*) le second voit en elle « l'état ou condition des parties soutenant une contestation sur la force (3) », définition trop large et qui peut impliquer en ses termes la guerre privée et le duel.

Il est donc puéril de chercher à établir la balance des mé-

(1) Grotius : *De jure belli ac pacis*, Proleg., § 38.

(2) Grotius estime que le belligérant apprécie lui-même les limites de son droit de poursuivre son adversaire sur le territoire neutre, et on ne trouve pas chez lui posé le principe du respect absolu des agriculteurs et de leurs biens.

(3) Grotius, *Op. cit.*, liv. I, ch. I, § 2.

rites respectifs de ces deux auteurs. Ils ont tous deux, à des titres différents, contribué aux progrès du droit : l'un avec l'esprit dogmatique et idéaliste qui est de tradition dans les pays d'Outre-Rhin, l'autre avec l'esprit positif et historique qui préside à la formation des règles du droit en Angleterre, sa patrie d'adoption.

Aussi, nous ne suivrons ni la nouvelle école italienne qui voit dans Gentilis le véritable fondateur du droit international dont Grotius ne serait qu'un pâle plagiaire (1), ni les publicistes hollandais qui, il y a peu d'années, accusaient le professeur Asser de haute trahison pour avoir osé comparer le premier au second. Dans la construction de l'édifice, Gentilis est l'ouvrier de la première heure qui a apporté les matériaux, tracé le plan, élevé l'échafaudage, laissant aux ouvriers de la dernière heure le soin d'assurer les fondations et d'élever les murs ; il n'est pas juste d'attribuer à ces derniers un mérite plus grand qu'au premier ouvrier ; si l'échafaudage a disparu après la construction de l'édifice, il est pieux de n'en pas oublier l'architecte et de sceller sur la muraille le marbre qui perpétue son nom.

HENRY NÉZARD.

(1) Des Italiens, pour expliquer la popularité de Grotius et l'oubli dans lequel est tombé Gentilis, ont imaginé de représenter le premier comme le complaisant des grands de la terre et l'adulateur des rois, sanctionnant toujours le fait accompli et, véritable casuiste, offrant des arguments à l'appui de toutes les prétentions, tandis que le second aurait été le scrupuleux défenseur du droit. Cette opinion est exagérée : la vie et l'exil de Gentilis lui apprirent à se soustraire à bien des préjugés de la Force et du Dogme, mais Grotius pour être moins acerbe n'en défendit parfois que plus efficacement la justice. « Les Princes, dit Fiorini (*op. cit.*), font des chambellans mais que peuvent-ils pour la gloire ? Rien, grâce à Dieu, et qui dit le contraire se trompe, ou veut flatter. »

BIBLIOGRAPHIE

Bayle : *Dictionnaire historique et critique*, 2e éd., Rotterdam, 1720, v° Gentilis.

Comba : dans la *Rivista Christiana*, Firenze, 1876, p. 10, 425; 1877, p. 3, 41, 81.

Dugald-Stewart : *Histoire abrégée des sciences métaphysiques, morales et politiques*, trad. Buchon, Paris, 1824.

Fiorini : *Di Alb. Gentili e del suo diritto di guerra*, Livorno, 1876.

Foglietti : *Cenni sul la vita e le opere di Alberico Gentili*. Bianchini, Macerata, 1875.

Giorgi : *Della vita e delle opere di Alb. Gentili*, Parma, 1876.

Holland : V° *Gentilis* dans l'*Encyclopædia Britannia*.

— *An inaugural Lecture on Albericus Gentilis*, London, 1874.

Kaltenborn : *Die Vorläufer des Hugo Grotius*, Leipzig, 1848, p. 228 et s.

Leseur : *Introduction à un cours de droit International public*, Paris, 1893.

Nys : *Les origines de la diplomatie et le droit d'ambassade jusqu'à Grotius*, R. D. I., 1884, p. 178.

— *Les origines du droit International*, Bruxelles-Paris, 1894.

— *Le droit de la guerre et les précurseurs de Grotius*, Bruxelles, 1883.

Ompteda : *Litteratur des Gesammten sowohl naturlichen als positiven Volkerrechts*, Regensburg, 2 vol., 1785-1817.

Pierantoni : dans le *Giornale di filosofia e lettere*, octobre et décembre 1875 (t. II, p. 221 et 387).

Reiger : *De Alberico Gentili, Grotio ad condendam juris gentium disciplinam viam præeunte*, Groningen, 1867.

Rivier : *Notes sur la littérature du droit des gens avant la publication du « De jure belli » de Grotius*, Bruxelles, 1883.

Saffi : *Di Alberico Gentili e del diritto delle genti*, Bologna, 1878.

Sir Travers Twiss : *Albericus Gentilis on the Right of War* dans le *Law Magazine and Review*, 1878, février, p. 137.

SPERANZA (Giuseppe) : *Alberico Gentili, studii*, Roma, 1876.

THAMM : *Albericus Gentilis, und seine Bedeutung für das Völkerrecht* (*Inaugural Dissertation*), Strassburg, 1896.

WALKER : *History of the law of Nations*, London, 1900, t. I, p. 250.

WARD : *Enquiry into the foundation and history of the law of Nations in Europe*, London, 1795.

WHEATON : *Histoire des progrès du droit des gens*, Leipzig, 1865.

VALDARNINI : *Alberico Gentili, fondatore del diritto internazionale*, Carnesecchi-Firenze, 1875.

REVUE DE DROIT INTERNATIONAL ET DE LÉGISLATION COMPARÉE : 1875, p. 321 ; 1876, p. 141, 690 ; 1877, p. 293 ; 1878, p. 682 ; 1883, p. 160 ; 1886, p. 502.

Suarez.

Suarez n'est pas un internationaliste de profession. C'est un théologien de la fin du XVIe siècle. Membre de la société de Jésus, professeur de grand renom, ayant enseigné la théologie ou la philosophie dans la plupart des universités d'Espagne, à Paris et à Rome, commentateur de saint Thomas dans de nombreux ouvrages fort estimés de son temps, consultés encore avec profit et mentionnés avec éloges par les auteurs modernes, ça été l'un des plus grands écrivains qu'ait produits la célèbre compagnie à laquelle il appartenait (1).

(1) François Suarez est né à Grenade, le 5 janvier 1548. Il entra dans la compagnie de Jésus où ses débuts furent, dit-on, fort pénibles. Ses maîtres le jugeaient incapable d'acquérir de grandes connaissances. En fort peu de temps, cependant, il se développa et put, à 23 ans, commencer à enseigner la philosophie et la théologie. Successivement professeur à Paris, à Ségovie, à Valladolid, à Rome, à Alcala, à Salamanque, il acquit en Espagne et en Portugal un immense renom. Appelé à Rome en 1604 pour justifier certaines théories sur la confession, il demeura auprès du Pape. De retour en Espagne, il fut appelé à jouer le rôle de conciliateur entre le vice-roi de Portugal et le nonce du Pape. Celui-ci ayant à se plaindre de certaines atteintes portées par les magistrats civils aux droits de l'autorité spirituelle, avait jeté l'interdit sur la ville. Suarez travailla à rapprocher les parties. Au cours des négociations il mourut à Lisbonne, le 26 septembre 1617. Il y est enseveli dans l'église Saint Roch.

Suarez a beaucoup écrit. Ses ouvrages portent sur des questions de théologie ou de philosophie. Ils constituent un des meilleurs commentaires de saint Thomas d'Aquin. A propos des prétentions du roi d'Angleterre Jacques I, Suarez composa, en 1613, une *Defensio fidei adversus regem Angliæ*. L'ouvrage fut jugé, en Angleterre et en

Ce n'est qu'accidentellement que, dans deux de ses ouvrages, ce théologien s'est occupé du droit des gens, et qu'à ce titre il nous intéresse. Etudiant dans son traité : *De Legibus ac de Deo legislatore*, l'origine des lois et leur force obligatoire, le droit naturel et le droit civil, il s'est trouvé amené à parler du droit des gens. A ce dernier ont été consacrés quatre chapitres du livre II. Nous aurons à les analyser ; c'est là en effet que se trouve la définition de la société internationale qui est ce que l'on connaît le mieux de notre auteur.

Dans un autre ouvrage, dans un traité consacré à l'une des trois vertus théologales, à la Charité, Suarez a dû se demander si la guerre était ou non contraire à cette vertu. De là une étude assez détaillée sur la guerre. Elle n'est pas non plus sans intérêt. N'est-ce pas à propos d'elle que M. Nys a dit, d'une façon un peu imprécise d'ailleurs, que la charité chrétienne illumine les écrits de Suarez (1) ?

Voilà toute l'œuvre de droit international dont nous avons à nous occuper. Ce ne semble évidemment que peu

France comme attentatoire à l'autorité des souverains. Il valut à son auteur, de la part du pape Benoît XIV, le titre de *doctor eximius*. Lors du différend entre le vice-roi de Portugal et le nonce à Lisbonne, Suarez écrivit également plusieurs mémoires. Ils ont été en partie publiés en 1859 par Mgr Malou, sous ce titre : *Francisci Suarez opuscula sex inedita* (Bruxelles, 1859).

Les autres œuvres de Suarez eurent de nombreuses éditions. La première est de 1630. Nous nous sommes ici servis de la plus récente, celle de l'abbé Charles Berton, vicaire de la cathédrale d'Amiens, Paris, 1866. A cette édition revisée avec soin, semble-t-il, nous renvoyons. On consultera pour la bibliographie des œuvres de Suarez le recueil de Sommervogel : *Bibliothèque de la Compagnie de Jésus*, Paris-Bruxelles, 1896, v° *Suarez*. La vie de Suarez a été écrite par un espagnol, le P. Descamps, en 1670, sous ce titre : *Vida del venerabile Padre Francisco Suarez*. Cf. R. P. de Scorailles, Ecrits inédits de Suarez, *Etudes religieuses, philosophiques et littéraires publiées par les pères de la Compagnie de Jésus*, t. LXIV (1895), p. 152, et du même auteur dans la même revue (t. LXI (1894), p. 182), une note sur le tombeau de Suarez à Lisbonne.

(1) Nys, *Le droit de la guerre et les précurseurs de Grotius*, p. 187.

de chose. Qu'est-ce qu'une quinzaine de chapitres ? Nous verrons à la fin de cette étude ce qu'il faut en penser, quel jugement il convient de porter. Pour l'instant quelques mots sur la méthode de notre auteur nous semblent nécessaires.

Suarez est un théologien et il écrit au XVIe siècle. C'est dire que, comme tout bon théologien d'alors, il emploie la vieille méthode scolastique et fait grand usage du syllogisme. Comme tous les scolastiques, il est d'ailleurs subtil, nous dirions presque scrupuleux à l'excès. Les moindres objections, les controverses les plus tenues, et parfois légèrement puériles, sont exposées par lui et étudiées en conscience. Ses démonstrations sont d'ailleurs complètes et poussées jusqu'au bout. La suite et l'enchaînement des idées en souffrent bien un peu, pas tant qu'on pourrait le croire cependant. En tous cas, le style est en définitive fort clair et les conclusions très fermement données. De sa lecture se dégage une impression de lumière et de très grande vigueur de raisonnement. Si on réfléchit à l'extrême délicatesse des matières abordées, à la finesse des distinctions, à la subtilité des syllogismes, on conviendra que ce n'est pas là pour notre auteur un faible mérite.

Autre remarque qui se relie d'ailleurs à ce qui précède. Suarez fait œuvre de théologie ou de philosophie et non de jurisprudence. Il est dès lors naturel qu'il s'appuie avant tout sur des considérations presque exclusivement philosophiques. Par la même raison, on s'explique qu'il invoque souvent les Pères de l'Eglise, les théologiens, saint Thomas surtout qu'il a longuement commenté. Les exemples qu'il cite à l'appui de ce qu'il avance sont pris, le plus souvent, dans l'ancien testament, parce que là on retrouve constamment et visiblement l'action de Dieu, et qu'on peut, par suite, en déduire avec certitude ce que Dieu permet ou défend. Les textes cités sont des textes sacrés ou des passages des Pères de l'Eglise. Cela s'explique toujours par le même motif ; nous sommes en présence d'une œuvre théo-

logique. Au reste, à l'époque où écrit Suarez et jusqu'à Grotius, ce n'est que dans des livres de cette nature que l'on s'est occupé du droit des gens. Ce qui donne un intérêt spécial à notre auteur, c'est qu'il est un des derniers de cette longue lignée de théologiens internationalistes, qu'il a pu utiliser les travaux de ses devanciers et être lui-même mis à contribution par Grotius.

Ces remarques étaient nécessaires dès le début. On comprend difficilement un auteur, en effet, si on ne sait ni qui il est, ni ce qu'il a entendu faire. Or, celui-ci, on ne saurait trop le répéter, n'est pas un jurisconsulte, c'est un philosophe, c'est un théologien et, qui plus est, un religieux. En écrivant, il n'a point entendu faire œuvre juridique, mais seulement œuvre philosophique et religieuse. Qu'on se pénètre bien de cela avant tout, autrement on ne le comprendra pas.

Ceci dit, le plan à suivre est presque imposé par le sujet : Suarez a essayé de définir le droit des gens et de lui assigner un fondement rationnel ; il a étudié le droit de la guerre. Ce sont deux matières bien distinctes. A ce qu'il a dit de chacune d'elles, nous consacrerons quelques développements (1). Pour terminer, nous essaierons de donner une vue d'ensemble sur l'œuvre de notre auteur et de formuler une appréciation sur elle. Il nous sera facile de montrer ainsi quelle place Suarez peut tenir parmi les auteurs de droit international, bien qu'à proprement parler, il ne semble guère devoir être compté dans leurs rangs (2).

(1) Voici les passages de Suarez dont nous nous occuperons. *Tractatus de legibus et legislatore Deo*, livre II, chap. XV, XVII, XVIII, XIX, XX. *Tractatus de Charitate*, *Disputatio* XIII. *Tractatus de fide*, *Disputatio* XVIII.

(2) Sur Suarez considéré comme internationaliste, il n'y a que fort peu de choses. Nous citerons : HOLTZENDORF-RIVIER, *Introduction au droit des gens*, trad. française, p. 355 ; — NYS, *Le droit de la guerre et les précurseurs de Grotius*, p. 187 ; — KALTENBORN, *Die vorläufer des Hugo Grotius*, p. 136 ; — OMPTEDA, *Litteratur des gesammten sowohl naturlichen als positiven volkerrechts*, p. 166.

I

C'est à la fin du livre II du *de Legibus* que Suarez aborde l'étude du droit des gens, du *jus gentium*. Il lui en consacre les quatre derniers chapitres. C'est une transition entre l'étude du droit naturel et celle du droit positif. Le *jus gentium*, c'est donc, pour Suarez, cela l'indique assez et lui-même y revient, un droit intermédiaire entre le droit naturel et le droit civil, tenant de l'un et de l'autre, confondu souvent avec l'un ou avec l'autre, distinct de tous les deux cependant, et qu'il importe de bien définir et de bien situer.

D'abord qu'est-ce que le droit naturel? qu'est-ce que la loi naturelle? La loi naturelle, c'est celle qui nous est connue par la lumière naturelle de la raison; cette lumière nous permet de distinguer le bien du mal, c'est-à-dire ce qui est conforme ou non à notre nature raisonnable. La loi naturelle nous commande de faire ce qui est bien, d'éviter ce qui est mal, non parce que ce bien et ce mal sont ainsi déterminés par elle, mais parce qu'en eux-mêmes ils sont le bien ou le mal. Cette loi est le même chez tous les hommes et dans tous les temps; elle a Dieu pour auteur. C'est l'ensemble des lois naturelles qui constitue le droit naturel (1).

Cette notion rappelée, arrivons au droit des gens. Si par droit on entend l'aptitude à faire ou à ne pas faire quelque chose, le droit des gens est celui qui résulte de l'usage commun des nations, le droit de circuler sur les routes, par

(1) V. *du Legibus*, Livre I, chap. III, n° 9. Livre II, chap. V et suiv.

exemple. Mais si, en parlant de droit, on entend parler de la loi, d'un ensemble de prescriptions, la question demeure entière : qu'est-ce que le droit des gens ? C'est précisément celle que se pose Suarez. Sa méthode, pour y répondre, consiste à rechercher quel critérium on peut adopter pour distinguer le *jus naturale* du *jus gentium*. Nous ne le suivrons pas dans cette recherche, d'autant moins que certains des critériums proposés ne nous paraîtraient guère mériter les développements qui leur sont donnés. Nous voudrions, au contraire, essayer de présenter l'ensemble du système, tel qu'il se dégage des chapitres que nous étudions.

On peut prendre le terme de *jus gentium*, dans deux sens distincts. Ce droit, c'est d'abord celui que tous les peuples et toutes les nations doivent observer dans leurs relations mutuelles. C'est ensuite celui que chaque communauté politique observe chez elle et qui est à peu près le même chez toutes. En d'autres termes, les Etats, dans leurs relations, observent certaines règles ; celles-ci constituent le droit des gens dans le premier sens, le droit des gens proprement dit. Il y a, en second lieu, un certain nombre de règles de droit civil qui sont sensiblement les mêmes dans tous les Etats. Elles constituent le droit des gens dans un second sens (1).

La définition est claire. Il faut aller plus loin. Quel est le fondement du *jus gentium* pris dans l'un ou l'autre sens ?

En tant qu'il est considéré comme l'ensemble des règles qui régissent les rapports des Etats entre eux, le *jus gentium* est basé sur l'existence d'une sorte de société entre les Etats. C'est ici que se place la fameuse définition de la société internationale si souvent citée et d'ailleurs presque

(1) *Addo vero... duobus modis... dici aliquid de jure gentium : uno modo quia est jus quod omnes populi et gentes variæ inter se servare debent ; alio modo quia est jus quod singulæ civitates vel regna intra se observant ; per similitudinem autem et convenientiam jus gentium appellatur. Prior modus videtur mihi propriissime continere jus gentium re ipsa distinctum a jure civili. De Legibus*, liv. II, chap. XIX, n° 8.

parfaite. Le fondement, la raison d'être de ce droit, dit Suarez, c'est celui-ci : Le genre humain, quoique divisé en un grand nombre de royaumes et d'empires, a cependant une certaine unité, non pas seulement spécifique, mais encore quasi-politique et morale. Une communauté politique, quelque parfaite qu'elle soit, ne peut pas en effet se suffire à elle-même, elle a besoin d'entrer en relations avec les autres et c'est ainsi que certaines règles de droit ont pu s'introduire (1).

Dans le second sens, c'est l'ensemble des règles admises à peu près par tous les Etats. Celles-ci ont été ainsi adoptées, non pas en vue de relations mutuelles, mais à raison de la convenance particulière de chaque Etat. Il n'y a rien là de bien difficile à saisir.

Voilà le principe, la base de la théorie de Suarez. Tout le reste est fort simple et n'a pas grand besoin d'explications. Ce *jus gentium*, ainsi défini, il est commun à tous. Ce sont l'usage et la tradition qui l'ont introduit, si on veut en parler dans la première acception, ce qui explique qu'il ne soit pas écrit. Il est, si on le prend dans le second sens, tellement proche du droit naturel et en telle concordance avec lui qu'il se trouve comme lui être généralement admis.

(1) Voici la définition de Suarez : *Ratio autem hujus partis et juris est, quia humanum genus quantumvis in varios populos et regna divisum, semper habet aliquam unitatem non solum specificam, sed etiam quasi politicam et moralem, quam indicat naturale præceptum mutui amoris et misericordiæ, quod ad omnes extenditur, etiam extraneos, et cujusque rationis : Qua propter licet unaquæque civitas perfecta, respublica, aut regnum, sit in se communitas perfecta, et suis membris constans, nihilominus quælibet illarum est etiam membrum aliquo modo hujus universi, prout ad genus humanum spectat : nunquam enim illæ communitates adeo sunt sibi sufficientes sigillatim, quin indigeant aliquo mutuo juvamine, et societate, ac communicatione, interdum ad melius esse majoremque utilitatem interdum vero etiam ad moralem necessitatem et indigentiam, ut ex ipso usu constat... De Legibus*, liv. II, chap. XIX, n° 9.

Ce n'est pas d'ailleurs la seule ressemblance qui existe entre le droit des gens et le droit naturel. L'un et l'autre sont communs à tous les hommes et en même temps leur sont propres. L'un et l'autre contiennent des ordres, des prohibitions et des permissions (1). Les préceptes de l'un semblent avoir été introduits comme ceux de l'autre, plus par la force des choses que par la volonté humaine. Les préceptes de tous deux doivent respecter l'équité et la justice.

Le droit des gens se distingue cependant du droit naturel, mais ce n'est ni parce qu'il est propre aux hommes, l'autre s'appliquant en outre aux autres êtres animés dépourvus de raison (2) ; ni parce qu'il est connu moins facilement (3) ;

(1) On a cependant, dit Suarez, voulu soutenir le contraire et dire que le droit des gens ne peut contenir que des permissions, jamais des ordres ou des défenses, ceux-ci étant réservés au droit naturel et au droit civil. Ceux qui défendent cette thèse ajoutent que le droit des gens s'applique aux hommes considérés dans l'état de société. Théorie fausse, répond notre auteur. Si le commandement est de droit naturel, la permission l'est aussi, les deux sont inséparables. En fait, le plus souvent, à côté du précepte impératif ou prohibitif existe une simple permission. *De Leg.*, II, ch. XVIII.

(2) C'est là le premier critérium proposé pour distinguer les deux droits. Tout au moins, dit-on, le *jus gentium* serait cette partie du droit naturel qui ne conviendrait qu'à des actes exclusivement propres aux hommes. Opinion fausse, dit Suarez. Elle tendrait à faire considérer comme de droit des gens des règles qui n'en sont certainement pas, comme la prohibition des mariages incestueux, l'obligation de rendre un dépôt, de dire la vérité. Ces préceptes-là, ils portent en eux-mêmes leur nécessité. Ils sont de droit naturel et non de droit des gens. Ce qui est vrai, c'est que droit naturel et droit des gens sont l'un et l'autre propres aux hommes (*De Leg.*, II, XVII, 3 et s.).

(3) Deuxième critérium proposé. En réalité, remarque Suarez, le droit des gens comprend des préceptes qui ont été introduits par les hommes dans la communauté humaine, tout au moins, dans sa plus grande partie. Qu'on ne le confonde donc pas avec le droit naturel qui ne comprend pas de tels préceptes. Le critérium proposé est sans portée. Peu importe qu'on ait connu plus ou moins facilement le précepte (*De Leg.*, II, XVII, 8).

ni parce qu'il est nécessaire, pour qu'il ait un sens, qu'il existe une société ou qu'on fasse quelqu'autre supposition (1), ni parce qu'il ne peut contenir que des permissions, jamais des ordres ou des prohibitions (2). Voici, par contre, les réelles différences. A l'inverse de ce qui se passe pour le droit naturel, ce que le *jus gentium* ordonne n'est bien, ce qu'il défend n'est mal que parce qu'il l'ordonne ou le défend. Ce droit n'est donc ni aussi immuable, ni aussi universel que le droit naturel.

Le *jus gentium* est l'intermédiaire entre le droit naturel et le droit humain positif, mais il ne se confond pas plus avec le second qu'avec le premier. Il n'est pas le droit d'un seul Etat, mais celui de plusieurs. Il n'est pas un droit écrit ayant été constitué par les habitudes et les usages d'une seule nation. Il est enfin moins facilement modifiable que le droit civil (3).

Telle est, très brièvement résumée, la théorie de Suarez sur le *jus gentium*. Que faut-il en retenir ? Deux définitions : celle de la communauté internationale, celle du *jus gentium*. Elles sont certes intéressantes, elles ont l'avantage de nous montrer la notion très-nette du droit des gens que se faisait un théologien écrivant au XVIe siècle, c'est-à-dire avant Grotius. Cette notion est la suivante : Les Etats, encore bien qu'ils soient des communautés parfaites « *communitates perfectæ* », ne peuvent vivre dans un état d'isolement. Ils ont besoin de l'aide, de la société des autres. Ce sont, eux aussi, des êtres sociables. Ils constituent donc, tous réunis, une nouvelle unité morale et quasi politique, une société ayant ses lois et ses usages. Ces lois et ces usages établis plus ou moins par la coutume constituent le droit des gens.

(1) Il y a des règles de droit naturel qui, pour avoir une portée, nécessitent une telle supposition (*De Leg.*, II, XVII, 9).

(2) V. *supra*, p 101, note 1.

(3) V. *De Legibus*, II, ch. XIX, n° 3, chap. XX, n° 9.

Voilà le système qui en somme ressort des passages que nous avons rapidement étudiés. Le moment n'est pas encore venu de le commenter. Nous nous contentons ici de l'exposer, sans plus. Il faudrait d'ailleurs également montrer comment Suarez a pu être amené à le formuler. C'est une question que nous aborderons en essayant de donner une vue d'ensemble de son œuvre. Pour le moment, nous devons analyser de la même manière ce que notre théologien a dit d'une matière spéciale du droit des gens, du droit de la guerre.

II (1)

Suarez étudie le droit de la guerre dans un traité consacré à la vertu de charité. Nous devons ici encore exposer les grandes lignes de sa théorie. Avant de le faire, il nous a paru cependant que quelques remarques préliminaires étaient nécessaires.

D'abord qu'est-ce que Suarez entend par la guerre? Voici sa définition: *La guerre*, c'est la lutte au dehors qui s'oppose à la paix avec l'étranger, s'élevant entre deux princes ou deux républiques (2). Rien à dire sur cette définition. Elle est à peu près celle admise par tous les auteurs. Remarquons cependant que Suarez distingue soigneusement la guerre, au sens propre du mot, celle à laquelle s'applique la définition donnée, de la guerre privée. Quand une lutte s'élève entre un prince et la nation, ou entre les citoyens et l'Etat, c'est une sédition. Quand elle a lieu entre deux particuliers, c'est une rixe ou un duel. Entre elles, ajoute-t-il, la différence est plus dans la matière que dans la forme. C'est fort exact, il n'en réserve pas moins le nom de guerre à la lutte entre Etats.

Il faut aller plus avant. Toute guerre, dans l'esprit de Suarez, suppose un litige s'élevant entre deux Etats. Ce litige est semblable à celui qui s'élève entre deux particuliers. Mais deux particuliers ont un juge pour trancher le

(1) *Tractatus de Charitate. Disputatio,* XIII. *De bello.*

(2) *Pugna exterior, quæ exteriori paci repugnat, tunc proprie bellum dicitur, quando est inter duos principes, vel duas respublicas* (*De Char.*, XIII. *Præmium*).

différend, donner tort à l'un, raison à l'autre. Ici il n'y a pas de juge suprême (1). Les deux parties en désaccord sont en effet souveraines et ce qui caractérise précisément la souveraineté, c'est la possession d'un tribunal dont on ne puisse pas appeler. A chacune des deux parties, il appartient dès lors de se faire justice à elle-même. La guerre se trouve être le seul moyen de faire ressortir le droit. C'est là un point important du système. Il en résulte que Suarez, chose curieuse, ne semble pas imaginer que l'issue de la guerre puisse être favorable à la partie qui est dans son tort. Voilà l'idée qui est à la base de tous les développements.

Il y a bien évidemment des guerres justes, nous verrons à quelles conditions, mais une guerre ne peut avoir ce caractère qu'à l'égard d'une des deux parties. L'autre est nécessairement dans son tort. Elle devrait se soumettre. Si elle ne le fait pas, elle est véritablement analogue à un coupable. Son adversaire exerce à son égard une sorte de juridiction. On en arrive aussi à cette conclusion : A raison du tort qu'il a causé, le vaincu est en quelque sorte tombé sous l'autorité et la juridiction du vainqueur (2).

(1) Il pourrait bien y en avoir un quand les deux souverains en présence sont l'un et l'autre catholiques. Les princes catholiques ne sont-ils pas subordonnés dans une certaine mesure au Pape ; ce dernier ayant sur eux non un pouvoir direct, mais une autorité indirecte ? Dès lors, celui-ci n'a-t-il pas le droit d'évoquer le litige et de porter la sentence ? On éviterait par là bien des maux. Néanmoins, ajoute Suarez, il arrive que le Pape n'interpose pas son autorité de peur qu'il n'arrive de plus grands maux, mais les princes doivent veiller à ne pas être la cause de ce que le Souverain Pontife n'ose pas s'interposer, autrement ils seraient en faute (*De Char.*, XIII, n, 5). Que si un prince fait la guerre contre la défense formelle du Pape, il pèche contre la justice et n'a plus de juste titre de guerre, à moins que tout en interdisant la lutte, le Souverain Pontife n'évoque pas l'affaire. Dans cette hypothèse, le prince qui fait cependant la guerre ne pèche plus que contre l'obéissance (*id.* 7). Nous sommes loin de la notion moderne de l'arbitrage.

(2) ... *potestas indicendi bellum est quædam potestas juridictionis, cujus actus pertinet ad justitiam vindicativam, quæ maxime necessaria*

Voilà la notion générale de Suarez sur la guerre. La guerre, c'est avant tout un moyen d'appliquer le droit, de faire triompher le juste et de punir l'injuste. C'est avant tout un moyen de rétablir la justice. Il faudra donc, en étudiant le droit de la guerre, toujours chercher à déterminer ce que la justice commande ou défend. Pour ce théologien c'est là le point fondamental. Telle chose est injuste, donc elle est interdite ; que si elle est accomplie cependant, il faudra réparer le préjudice causé. L'injustice entraîne pour celui qui l'a commise l'obligation de restituer. Cette dernière idée, nous la rencontrerons presque à chaque instant dans les développements de notre auteur.

Il n'y a pas d'ailleurs à ne s'occuper que de ce qui est commandé ou défendu par la justice. Il faut aussi voir ce qu'ordonne ou défend *la charité*. Qu'on n'oublie pas, en effet, que c'est dans un traité consacré à la vertu de charité que Suarez parle du droit de la guerre.

Immédiatement se présente une question préjudicielle. La guerre est-elle, en soi, un mal ? (1) C'est la première question qui se pose pour notre auteur comme pour ses devanciers et il le rappelle. On ne peut pas s'en étonner. La religion du Christ est une religion d'amour. Aimer Dieu et le prochain comme soi-même, pour l'amour du Seigneur, c'est là toute la loi chrétienne. N'est-ce pas aller contre cette charité chrétienne, contre l'amour des ennemis et le pardon des injures que de faire la guerre et s'exposer à tuer d'autres hommes ? Suarez examine l'objection et la réfute. Il le fait en rappelant d'abord les guerres entreprises par e peuple israélite. La guerre, ajoute-t-il, est souvent un moyen d'obtenir une paix véritable et sûre. Elle n'est point contraire à l'amour des ennemis car celui qui fait la guerre

est in republica ad coercendum male factores ; unde sicut supremus princeps potest punire sibi subditos quando aliis nocent, ita potest se vindicare de alio principe vel republica, quæ ratione delicti ei subditur (*De Char.*, XIII, II, 1).

(1) *De Charitate. Disp.*, XIII, section I.

ne hait pas les personnes, mais bien les œuvres qu'il punit justement. Elle n'est pas contraire au pardon des injures car ce pardon n'empêche pas la punition. Nous voyons ici réapparaître l'idée de la justice qui l'emporte sur la charité, qui tout au moins se combine avec elle.

Au reste, ajoute notre auteur, la guerre, quand elle est défensive, peut être non seulement permise mais obligatoire, le droit de défense étant un droit naturel et nécessaire. Quant à la guerre offensive, elle peut se trouver, elle aussi, parfaitement légitime et même nécessaire. Nous verrons précisément tout à l'heure quand et comment. D'ailleurs une guerre en apparence offensive peut être vraiment défensive, quand elle n'est faite que pour la défense de droits menacés. Dans l'un et l'autre cas, la guerre n'est pas un mal en soi. Elle a cependant de nombreux inconvénients, aussi faut-il remplir certaines conditions qui ont trait : et au pouvoir nécessaire pour entreprendre la guerre, et à la justice de la cause, et à la conduite des hostilités. C'est à ces trois points que se ramènent les développements de Suarez. Nous allons les exposer rapidement en essayant de faire ressortir à propos de chacun d'eux l'idée fondamentale : Il faut observer dans la guerre la justice et la charité.

Première condition (1). Il faut que celui qui déclare la guerre en ait le pouvoir. Seuls, évidemment, un prince ou une république jouissant de la plénitude de la souveraineté sont dans ce cas. Seuls, en effet, ils n'ont pas au-dessus d'eux une autorité qui puisse juger leurs différends. Par contre, une république à souveraineté incomplète (*respublica imperfecta*), un prince non souverain (*non supremus princeps*) ne peuvent entreprendre une guerre, tout au moins une guerre offensive. Au-dessus d'eux existe, en effet, un tribunal auquel ils peuvent avoir recours. Tout ce qui leur est permis, c'est de se défendre. Nous trouvons ici un des traits caractéristiques de la doctrine de Suarez :

(1) *De Charitate. Disp.*, XIII, section II.

la distinction entre la guerre défensive et la guerre offensive. La première seule est permise à tout le monde. Une république imparfaite peut se défendre contre une injuste agression (1). Pour conclure, Suarez ajoute : « La guerre entreprise sans autorité légitime n'est pas seulement contraire à la charité, elle est aussi contraire à la justice, même si elle a une juste cause. » Conséquence : celui qui entreprend une telle guerre doit réparer le dommage causé. C'est la contre-partie. Il y a atteinte à la justice, il faut réparer (2).

Deuxième point. La guerre doit avoir une juste cause. En quoi consiste cette juste cause ? « Ç'a été l'erreur des nations païennes, dit Suarez, en débutant, de croire que le droit des nations reposait sur la force des armes et de penser qu'on pouvait entreprendre la guerre uniquement pour s'enrichir ou s'illustrer. Cela, au regard de la raison naturelle, c'est tout à fait absurde. » Nous avons cité textuellement le début, il met bien en lumière la pensée directrice. Une guerre n'est juste que si elle a une cause légitime.

(1) D'ailleurs, ce droit d'entreprendre la guerre appartient aussi aux princes ecclésiastiques, s'ils sont souverains temporels. cela va de soi, par la même raison qu'il appartient aux princes laïques. A ce propos Suarez se demande s'il est permis aux clercs de faire la guerre (*eid Disp.*, section III). Cela relève, dit-il, du droit ecclésiastique. La question est longuement traitée et la discussion curieuse. Elle ne nous intéresse pas directement, je me contente de la mentionner. Notons seulement ceci : « Le clerc qui fait la guerre pèche non pas contre la justice, mais contre l'obéissance. Cela a de l'intérêt toujours à propos de l'obligation de restituer. Nous pouvons constater ici une fois de plus quel souci a Suarez de déterminer ce qui est conforme ou non à la justice.

(2) Mais il ne faut réparer que l'injustice. Si donc, dans cette guerre ainsi entreprise, on a repris des choses dont on avait été injustement dépossédé, on a le droit de les garder. On n'est tenu de réparer que les dommages et les dépenses occasionnés par la guerre. Tout ceci est subtil, mais en définitive bien logique.

Cette cause légitime de guerre, c'est une grave injustice subie qu'on ne puisse réparer ou venger autrement. Il est nécessaire que cette cause existe tant à raison du but final de la guerre qui est de permettre à un Etat de se protéger qu'à raison des maux entraînés par la guerre. Supprimez-là, et vous en viendrez à dire qu'une guerre peut se faire par ambition, par avidité, par amour d'une vaine gloire. Il en résulterait qu'une guerre pourrait être juste à l'égard de chacun des deux adversaires et cela est absurde. Toujours le souci de la justice.

En quoi peut consister ce grave préjudice subi par un Etat? Il y a trois genres de torts susceptibles de constituer une juste cause de guerre. L'occupation par un prince des biens d'un autre et le refus de les restituer. Le refus d'accorder ce que Suarez appelle les droits communs des nations : le passage, le commerce. Enfin une grave atteinte à l'honneur ou à la réputation. L'objet de la lutte ce sera de réparer le tort commis et aussi de punir l'offenseur. N'oublions pas en effet que, dans la conception de Suarez, celui qui, dans une guerre, a le bon droit a une sorte de pouvoir de juridiction sur son adversaire. De là découle précisément l'existence d'une autre juste cause : Infliger une juste peine à celui qui a causé un tort s'il se refuse à fournir une juste satisfaction en dehors de la guerre (1). Il n'y a pas dans l'univers, en effet, une autorité qui puisse punir ; il est nécessaire que ce pouvoir appartienne au chef de l'Etat lésé dont l'autre, à raison de son délit, est devenu le sujet. En agissant ainsi d'ailleurs on ne pèche pas contre la charité, ni contre le précepte ordonnant de rendre le bien pour le mal, ni contre celui défendant de se faire justice à soi-même. Le premier de ces deux préceptes vise en effet les relations privées. Sans doute, d'autre part, les qua-

(1) *Justa etiam causa belli est ut qui injuriam intulit juste puniatur, si recuset absque bello justam satisfactionem præbere. De Char. Disp.*, XIII, sec. IV, n° 5.

lités de juge et de partie se trouvent réunies sur la même tête, mais il n'y a aucun moyen d'éviter qu'il en soit ainsi ; la situation des Etats n'est pas comparable à celle des simples particuliers.

La conclusion de ce qui précède n'est pas pour nous étonner. Celui qui entreprend une guerre sans juste cause pèche non seulement contre la charité mais encore contre la justice. Il est donc tenu de réparer le tort qu'il a commis. Il peut d'ailleurs arriver que, bien que la guerre soit juste, celui qui l'entreprend commette un acte contraire à la charité, s'il agit sans se préoccuper du mal très grand que doit souffrir son adversaire ou du dommage qui en résultera pour l'Eglise. Son acte est mauvais mais, comme il n'y pas d'injustice commise, il n'y a pas non plus obligation de réparer (1).

Une question peut encore se poser. Elle est spéciale aux princes chrétiens. N'existe-t-il pas, pour eux, d'autres justes causes de guerre ? N'y en a-t-il pas une dans le fait que certains peuples sont infidèles, qu'ils offensent Dieu par leurs péchés contre la nature et par leur idolâtrie, dans ce fait que le pape ou l'empereur chrétien ont un domaine souverain sur ce que possèdent les infidèles, dans ce fait enfin que ces infidèles sont barbares et incapables de se gouverner convenablement ? Il faut répondre négativement. Sans doute, un prince chrétien peut avoir à prendre le parti des sujets d'un prince infidèle qui veulent embrasser la vraie religion alors que ce prince s'y oppose (2). Mais

(1) De même, malgré la justice de la cause, la guerre peut cependant être injuste. C'est ce qui arrive si un prince entreprend une guerre contre un autre, alors qu'il en résultera un plus grand dommage et un plus grand péril pour l'Etat qu'il gouverne.

(2) C'est là une solution donnée déjà par Suarez dans un autre ouvrage : *Tractatus de Fide Disp.* XVIII, section II, nº 8. Il y est question du point de savoir si les infidèles peuvent être forcés d'embrasser la vraie foi. D'une façon générale, l'auteur se prononce pour la négative. Seulement il admet l'intervention en faveur des

agir ainsi, c'est prendre la défense des innocents, et la défense des innocents ce peut être une juste cause de guerre aussi bien pour un prince non chrétien que pour un prince chrétien (1) Notons cette dernière remarque, elle nous montre que Suarez considère comme légitimes les guerres dites d'intervention (2).

La guerre a été déclarée par un prince investi d'une légitime autorité, elle a une cause juste. Comment doit-elle être conduite ? C'est le troisième point traité. Là encore toujours la même idée domine : Il faut faire ce qui est conforme à la justice et à la charité.

Il y a plusieurs catégories de personnes à considérer : le chef suprême, *princeps supremus*, les généramx, *duces medii*, les simples soldats, *infimi milites*. Il y a plusieurs

sujets d'un prince infidèle qui veulent avoir des prédicateurs de la vraie foi, alors que le prince ne le veut pas, et dans le cas inverse, si c'est le prince qui veut accepter des prédicateurs de la vraie foi, malgré ses sujets. En second lieu, il admet une action violente pour permettre à ces prédicateurs d'annoncer la parole de Dieu, même malgré la résistance du roi et de la majorité du royaume. Cela, dit-il, est dû par le droit des gens. Il y a toujours, en effet, des particuliers qui veulent entendre la parole de Dieu. Il ne s'agit donc pas de forcer les peuples à la foi, mais seulement de ne pas empêcher la prédication de l'Evangile. Pour le reste, je le répète, Suarez n'admet pas d'une façon générale, qu'on impose la foi par la force. Au surplus, toute cette section II est à lire. C'est, en définitive, la question des missions qu'elle étudie. On sait que cette question s'est malheureusement trouvée d'actualité, lors des derniers événements de Chine.

(1) V. *De Char.*. XIII, v, 6, 7, 8.

(2) Un mot pour compléter sur ce point. Nous savons pourquoi il importe de rechercher si la guerre a une cause juste. Cette recherche incombe avant tout au chef de l'Etat, au prince. Les chefs, les moyens personnages de l'Etat n'ont à s'en préoccuper que s'ils sont consultés. Quant aux simples soldats, ils doivent d'une façon générale, à moins d'injustice manifeste de la guerre, qu'ils soient ou non des mercenaires, obéir. Nous n'insistons pas sur les détails, ils sont intéressants, mais n'ont qu'un rapport éloigné avec le droit international. V. *De Char.* XIII, section VI.

moments à envisager : celui du début de la guerre ; celui où la guerre est engagée mais la victoire non encore obtenue ; celui qui suit la victoire obtenue. Suarez combine tous ces éléments. A chacune de ces trois époques il faut étudier les rapports de toutes ces personnes entre elles et avec les ennemis.

Voici d'abord une première règle : Respect des étrangers sous peine de commettre une chose injuste. La solution n'est pas pour nous étonner. Ceux-ci n'ont en définitive commis aucun mal. Les soldats ne doivent rien leur prendre, sauf, dit Suarez, ce qui a été fixé par le Roi (1). Ils ne doivent pas leur causer de dommages. Les chefs doivent y veiller. Le tout, pour les uns et pour les autres, sous peine de restitution. Ceci n'est qu'un détail. La vraie question étudiée par l'auteur est celle des rapports entre les belligérants (2).

La guerre n'est légitime que si elle est basée sur une injustice subie par une des parties. Mais elle est aussi un mal. Avant d'engager les hostilités, il faut donc demander la réparation et l'accepter si elle est offerte. En est-il de même quand la guerre est déjà commencée ? Si la réparation est offerte, les hostilités doivent-elles immédiatement cesser ? Oui, à condition de réparer non seulement le dommage causé, mais encore celui résultant de la guerre, puisqu'on l'a faite pour obtenir satisfaction.

(1) *Unde hi omnes nihil possunt ab hospitibus accipere, præter id quod a rege constitutum est...* (*De Char.* XIII, VII, 2). De quel roi s'agit-il ? De celui du pays envahi ou de l'envahisseur ? C'est, semble-t-il, du second. C'est lui qui, en effet, dans la théorie de notre auteur, a une sorte de juridiction sur son ennemi. La question n'est pas bien importante et le texte est peu clair.

(2) Un mot seulement des deux autres rapports. Dans ceux entre chefs et soldats, les seconds doivent obéir et le roi payer le salaire. Il n'y a là rien qu'un contrat ordinaire. Dans leurs rapports entre eux, les soldats doivent observer la justice dans le partage du butin, ce qui explique que Suarez admet la légitimité au butin. Nous y reviendrons (*De Char.* XIII, VII, 2).

Toujours pour la même raison, on ne peut faire supporter aux ennemis que les maux nécessaires pour obtenir satisfaction et être victorieux. Une fois les hostilités terminées et la victoire obtenue, il est permis d'imposer aux vaincus ce qui suffit pour obtenir satisfaction et être indemnisé de tous les dommages soufferts (1). C'est toujours logique, la suite ne l'est pas moins, quoique d'une rigueur excessive. Si tous les dommages causés ne paraissent pas suffisants pour la gravité du délit, on peut, après la fin de la guerre, mettre à mort ou réduire en servitude quelques ennemis suceptibles de nuire. Pour les biens, on doit raisonner de la même façon et admettre leur confiscation s'ils appartiennent à des individus pouvant nuire, dans la mesure où on n'a pas obtenu entière satisfaction. C'est dans ce sens, dit Suarez, qu'il faut comprendre la règle introduite par le droit des gens. Il faut proportionner la peine au délit.

A côté de ces individus qui peuvent nuire, il y a les personnes innocentes. Ce sont, d'après le droit naturel, les enfants, les femmes et ceux qui ne portent pas les armes ; d'après le droit des gens, les ambassadeurs ; d'après le droit positif admis entre les chrétiens, les religieux, les prêtres. Ceux qui peuvent nuire, par contre, ce sont tous ceux qui peuvent porter les armes. Quant aux étrangers et aux voyageurs, ce ne sont pas des ennemis (2). Ces personnes innocentes, elles, ne peuvent jamais être privées de la vie (3), sauf accident, mais elles peuvent être dépouillées de leurs biens et de leur liberté si cela est nécessaire pour obtenir pleine satisfaction. Elles sont, en

(1) Mais on ne fera pas entrer dans le compte les biens mobiliers pris par les soldats. C'est une coutume introduite par le droit des gens. C'est la contre-partie du danger que courent ces soldats (V. *De Charitate*, XIII, VII, 7).

(2) *De Char.* XIII, VII, n° 10.

(3) Par personnes innocentes, il faut entendre ici, en plus des personnes ci-dessus énumérées, celles qui, pouvant prendre les armes, n'ont pas pris part au crime ou à la guerre injuste (*De Char.* XIII, VII, n° 15).

effet, une partie d'un tout qui a commis une injustice. A ce qui précède, le droit des gens entre chrétiens a apporté des modifications. C'est ainsi, qu'entre chrétiens, il est interdit de réduire les prisonniers de guerre en esclavage, cependant on peut exiger d'eux une rançon. C'est ainsi, en second lieu, que les biens et les personnes ecclésiastiques doivent être laissés indemnes.

Dernière application de l'idée que la guerre se fait avant tout pour la justice. Le prince peut prendre des mesures propres à assurer la paix. De même que le juge punit le mal dans la mesure où cela est nécessaire au rétablissement de la paix, de même le prince victorieux, magistrat lui aussi, doit s'efforcer d'assurer la paix. La guerre n'est, en effet, licite qu'en tant qu'elle conduit à une paix honorable.

Il n'y a pas que la justice. Il y a aussi la charité. Suarez s'en préoccupe en terminant. Il se demande ce qui lui est ou non conforme. Une guerre pourra remplir toutes les conditions que nous venons d'énumérer, être juste par conséquent et pourtant être contraire à la charité ou à une autre vertu. A ce propos, est-il permis, se demande-t-il, d'user d'embûches à la guerre ? Oui, à condition de ne pas mentir. Il est de même interdit de rompre un accord avec l'ennemi, si toutefois l'adversaire l'observe et si les conditions extérieures ne sont pas modifiées, auquel cas, il serait permis de le dénoncer (1).

Faire ce qui est conforme à la justice, faire ce qui est conforme à la charité. Voila donc en définitive toute la théorie de Suarez sur le droit de guerre (2). Tous ses développe-

(1) A cela se rattache la permission donnée de combattre les jours de fête, en cas de nécessité. Se pose ensuite la question de savoir si un prince chrétien pèche en appelant à l'aide des princes infidèles ou en leur fournissant du secours dans une guerre juste. Il faut répondre par la négative, sauf si cela va contre la charité, ou cause un scandale, ou met les fidèles en péril ou implique une défiance à l'égard de l'aide de Dieu (*De Char.* XIII, VII, 24, 25).

(2) La fin de la *Disputatio* XIII est consacrée à la sédition (sec-

ments se ramènent à l'une ou à l'autre de ces deux idées. Ici encore, pas plus que pour sa théorie du droit des gens, nous n'avons grand commentaire ou grande explication à donner. Ce qui est intéressant, c'est seulement de savoir si les deux théories se tiennent, si elles partent d'une même conception générale. C'est précisément ce qui nous reste à étudier (1).

tion VIII) et au duel (section IX). Du duel nous n'avons pas à nous occuper. La sédition c'est, dit Suarez, la guerre dans l'intérieur du même Etat (*Seditio dicitur bellum commune intra eamdem rempublicam quod geri potest vel inter duas partes ejus, vel inter principem et rempublicam.* La lutte entre deux parties d'un Etat est toujours un mal de la part de l'agresseur. Quant à la lutte de la République contre le prince, elle doit remplir les mêmes conditions que les autres guerres pour être admissible. Il faut, en outre, que ce prince soit un tyran (sur ce que c'est qu'un tyran, v. section VIII, n° 2).

(1) Il faut ajouter, pour être complet, qu'une autre partie du droit international a été traitée par Suarez, c'est celle de l'étendue d'application des lois. Les lois d'un territoire obligent-elles les individus de ce territoire qui sont au dehors, obligent-elles les étrangers qui s'y trouvent? Ceci fait l'objet de deux chapitres dans le *De Legibus* (liv. III, ch. XXXII, XXXIII). Nous indiquons la théorie donnée, seulement dans ses grandes lignes : 1° Les lois d'un territoire obligent-elles les habitants de ce territoire lorsqu'ils ne s'y trouvent pas ? Il faut, d'une façon générale, répondre que non. Une loi n'a d'autorité que dans les limites du territoire. Mais un individu qui commet un délit en dehors du territoire peut tomber sous le coup de la loi pénale de son pays d'origine quand il y est de retour. D'ailleurs obligent même ceux qui sont au dehors, les lois concernant le bien du territoire. Les délits commis contre une telle loi sont censés commis à l'intérieur. D'une façon générale, la loi est donc territoriale et dans les cas où elle s'applique à ceux qui sont à l'étranger, c'est parce que ceux-ci sont liés au territoire dans une certaine mesure ; 2° Les lois d'un pays obligent-elles les étrangers qui s'y trouvent? Suarez répond par l'affirmative. La loi oblige en conscience les étrangers, elle les oblige sous peine de sanction. Elle les oblige en ce qui concerne la forme des actes. C'est, en définitive, la territorialité des lois posée en principe. Notre auteur fait, d'ailleurs, une différence entre ce qu'il appelle le statut qui est territorial et le précepte de l'homme (*parum præceptum ho-*

mini) qui lui est personnel (*De Legibus*, l. III, ch. XXXIII, n° 12). V. de même, mais à propos des lois ecclésiastiques, *De Legibus*, l. IV, ch. XIX, n°s 1, 5. Suarez renvoie sur la deuxième question à des ouvrages de lui que nous n'avons pu consulter. *De religione*, t. I, *De diebus festis*, *tract.* II, liv. II, chap. XIV. *De censuris*, t. V. *Dis.* V, sect. IV et V.

III

Nous connaissons par ce qui précède, au moins dans ses grandes lignes, l'œuvre de droit international de Suarez. Il ne faut pas nous borner à l'analyse que nous venons d'en faire. Autre chose est maintenant à examiner. Y a-t-il dans cette œuvre une conception d'ensemble qui la domine et comment l'auteur peut-il y avoir été amené? Quelle est la valeur de cette œuvre, quelle est sa place dans la littérature du droit des gens? Telles sont les questions qui se posent maintenant presque naturellement à nous.

Rien de plus distinct, au premier abord, que les deux ouvrages de Suarez que nous avons étudiés. L'auteur lui-même n'a point renvoyé de l'un à l'autre. Si, dans les chapitres du *de Legibus,* il est fait parfois mention du droit de la guerre, par contre, dans la *Disputatio* XIII du *de Charitate*, il n'est presque jamais question du *de Legibus* et jamais de la société internationale. La seule fois où, à propos de la guerre, Suarez parle du *jus gentium*, c'est pour citer des atténuations à ce que permet la stricte justice.

Il y a cependant un lien entre les deux théories. La guerre, c'est avant tout un moyen d'obtenir justice. Le vainqueur exerce une sorte de juridiction sur le vaincu. Il y est bien forcé en l'absence d'un tribunal dont l'autorité puisse être supérieure à la sienne. Adopter ce système, n'est-ce pas sous-entendre l'existence de rapports sociaux entre les Etats. Si les Etats pouvaient se développer dans l'isolement, s'ils n'avaient pas besoin d'entrer en nécessaires et presque constants rapports les uns avec les autres,

pourrait-on parler d'une juridiction exercée par un vainqueur sur un vaincu ? Pourrait-on même parler de justice dans les rapports entre deux Etats ? Or, n'est-ce pas sur l'existence de ce besoin de combattre l'isolement, de ce besoin de sociabilité qu'est basée l'existence de la société des Etats ? Voila, à notre avis, le lien très réel quoique, sans doute, assez lointain qui existe entre les deux matières étudiées par notre auteur. Certes, il ne faut pas exagérer. Nulle part, dans le *de bello*, il n'est question de la société des Etats. On peut croire cependant que et la conception de cette société et celle de la juridiction de celui qui a le bon droit sur son adversaire sont fondées sur la même idée. Il est, quoi qu'on fasse, indispensable que des liens sociaux s'établissent entre les Etats. Pas plus que les individus, les Etats ne peuvent rester dans l'isolement. N'est-ce pas là, en somme, le fondement du droit international tout entier ?

Il faut aller plus loin. A ce besoin de sociabilité entre Etats, Suarez donne un aspect très particulier, celui d'être fondé sur l'amour, sur la charité chrétienne. Il le dit formellement : Cette unité du genre humain, morale et quasi politique, ce qui nous la fait découvrir, c'est le précepte naturel de l'amour mutuel, qui s'étend à tous, même aux étrangers. Ce souci de la charité, on le rencontre encore dans le droit de la guerre. N'est-ce pas dans un traité consacré à la vertu théologale de la charité qu'il est question de la guerre ? N'avons-nous pas vu notre auteur indiquer, après ce que la justice permet, ce que la charité défend ? On a dit que la charité chrétienne illumine les écrits de Suarez. L'expression est exacte. Sans doute, Suarez s'occupe principalement de ce qui est juste ou injuste, mais il circule à travers toute son œuvre un large courant de charité, ou, si l'on veut employer une expression moins théologique, quoique ce soit celle-ci qui convienne le mieux, un large courant de fraternité et de solidarité internationales.

Nons venons de dire que l'expression théologique est ici

plus exacte. C'est qu'en effet, il ne faut pas l'oublier, l'auteur que nous étudions est avant tout un théologien et un théologien catholique. C'est cela qui explique l'existence de ce courant de charité. La religion catholique est une religion d'amour, et son esprit doit éclater par suite, dans la vie et dans les œuvres de ceux qui la connaissent et la pratiquent réellement. C'est peut-être cela aussi qui explique comment Suarez a pu être amené à la conception de la société internationale.

L'Eglise catholique entend, elle aussi, en effet, constituer une société qui, dépassant les frontières d'un Etat déterminé, comprenne le genre humain tout entier. Elle est catholique et le mot catholique veut dire universelle. C'est une société, différente sans doute des sociétés civiles, puisqu'elle est exclusivement spirituelle, qu'elle est une société des âmes. Mais elle n'en a pas moins ses lois qui sont les mêmes par toute la terre. Elle s'étend, ou peut, ou veut s'étendre à tous les hommes. Elle doit être aussi vaste que l'Univers. Dans quelle mesure l'existence de cette société spirituelle universelle qu'est l'Eglise catholique n'a-t-elle pas inspiré à Suarez l'idée de la société des Etats? On ne peut guère le déterminer, mais il nous paraît difficile de nier que l'une des deux idées ait pu avoir une influence sur la formation de l'autre (1).

Ici se présente une question. Comment se fait-il que Suarez n'ait point été amené à concevoir la possibilité d'un tribunal international? N'eut-ce pas été là un complément naturel de sa théorie? Ce tribunal eût été un organe normal de la société des Etats. Il eût servi à dégager le droit dans le cas de désaccord entre deux Etats, et, grâce à lui,

(1) Bien entendu, il ne s'agit ici que d'un rapprochement fait par nous. Dans sa théorie de la société internationale, Suarez ne fait nulle mention de l'Eglise. Il s'appuie sur des considérations d'ordre philosophique et non sur des considérations religieuses. Le parallélisme entre la société des Etats de Suarez et la société spirituelle qu'est l'Eglise n'en est pas moins à mentionner.

on eût pu éviter cette attribution, malgré tout un peu choquante, d'un pouvoir de juridiction à l'Etat lésé sur son adversaire, c'est-à-dire, en fait, à l'Etat vainqueur sur l'Etat vaincu.

Sans doute, dans les différends entre princes chrétiens, ce tribunal, ce juge suprême semble bien exister dans la théorie de Suarez. C'est le Pape. Un différend s'élève-t-il entre deux princes chrétiens, le Souverain Pontife peut évoquer l'affaire et porter une sentence à laquelle les parties ont le devoir d'obéir. C'est à cause de cela que Soto dit qu'entre princes chrétiens il n'y a presque aucune guerre juste parce que les différends peuvent se terminer autrement. Voilà bien un tribunal international. Qu'on ne s'y trompe pas cependant. Outre que ce tribunal ne fonctionne, en définitive, que si le Pape veut bien évoquer l'affaire, outre qu'il ne fonctionne qu'entre princes chrétiens, il n'est point du tout basé sur l'existence d'une société entre les Etats. Ce pouvoir du Souverain Pontife, il existe avant tout pour le bien spirituel de l'Eglise et pour éviter des maux. C'est là toute sa raison d'être (1).

Ce que Suarez n'a pas imaginé, c'est qu'il put exister au-dessus des Etats, et formé par eux, un tribunal destiné à trancher leurs différents, tout au moins à trancher ceux qui ne mettent en jeu ni leur honneur ni leur existence, tout au moins à indiquer des solutions en cas de conflit. Cette notion d'un tribunal arbitral particulier ou général, Suarez ne l'a pas eue. Pouvait-il l'avoir? On peut en douter, si on remarque combien il considère la souveraineté comme une chose absolue. Nous l'avons vu; seul peut faire la guerre le prince qui n'a pas au-dessus de lui un tribunal qui puisse dire le droit. La société entre Etats est nécessaire mais seulement parce que les Etats ne peuvent pas vivre dans l'isolement, mais ces Etats ce sont des *communitates in se*

(1) V. *De Char.* XIII, section II, n° 5, *nam id certe necessarium est ad bonum spirituale Ecclesiæ et ad infinita prope mala devitenda.*

perfectæ et suis membris constantes, mais cette société est une société *morale et quasi politique*. Nulle part il n'est question de créer un organisme nouveau qui englobe les Etats ; bien au contraire.

Suarez n'a pas imaginé l'existence d'un tribunal international. Par contre, il a reconnu une sorte de pouvoir de juridiction à l'Etat lésé sur son adversaire. C'est là le fondement de sa théorie du droit de la guerre. Or, à l'examiner de près, ce système, lui aussi, entraîne des observations. Suarez suppose toujours une injustice commise par l'une des deux parties, mieux que cela, un crime ou un délit dont l'un des Etats se serait rendu coupable. Or, il y a des guerres, des différends entre Etats dans lesquels il est impossible de voir une faute de la part de l'un des deux adversaires. Prenez l'une quelconque des innombrables difficultés de frontières qui s'élèvent entre les Etats de l'Amérique du Sud. Il n'y a crime ou délit ni d'un côté ni de l'autre. Est-ce la peine de prendre des exemples ? Tout procès ne suppose pas un coupable. A côté des procès criminels où le juge dit le droit et condamne à une peine, n'y a-t-il pas les procès civils où le juge ne fait que dire le droit ? Or, entre les Etats il y a des différends analogues aux procès de cette sorte. De ceux-là, Suarez ne parle pas. Cependant, il peut arriver que le recours aux armes soit nécessaire pour y mettre fin ; l'existence, l'indépendance ou l'honneur des deux parties ou de l'une d'elles peuvent être en jeu. Sur quoi dès lors repose le pouvoir de juridiction d'une d'elles sur l'autre, ce qui revient pratiquement au pouvoir de juridiction du vainqueur sur le vaincu ?

C'est donc tout le fondement de la théorie de Suarez sur le droit de la guerre qui n'est pas très solide. Certes, une guerre doit être entreprise par quelqu'un jouissant de la souveraineté ; certes, elle doit avoir une juste cause ; certes, elle doit être conduite en observant certaines règles. Tout le monde est d'accord là-dessus. Mais ne se pourrait-il pas que ces conditions se trouvassent réunies par chacun des ad-

versaires ? ne pourrait-il pas arriver que la guerre fût juste et légitime au regard de chacun d'eux. Sans doute, il y a des cas où la justice d'une cause apparaît manifestement. Nous n'aurions pas à remonter bien loin dans l'histoire pour en rencontrer. A ceux-là la théorie de Suarez s'applique complètement. Mais il y en a d'autres aussi où chacune des deux parties peut bien soutenir avoir pour elle le bon droit. Ce sont ces cas que Suarez n'a pas prévus.

Qu'on n'exagère point ces critiques. L'œuvre de Suarez peut être incomplète. elle peut reposer en partie sur un fondement contestable. Telle quelle, elle peut encore prétendre à une place de premier ordre dans la bibliographie du droit des gens. Au demeurant, Suarez est un théologien et n'a pas la prétention d'être autre chose. Le juger comme s'il était un jurisconsulte peut donc être dangereux et injuste, le juger en tant que théologien, plus que hasardeux pour des gens incompétents. Voici seulement ce que nous pouvons en dire. Philosophe, il est arrivé à dégager une notion très nette du droit des gens et de la société des Etats. La notion était nouvelle et ceux qui ont ensuite étudié le droit international n'ont pu que reprendre plus ou moins heureusement les définitions données par lui. Théologien, il a résumé et complété ce que les prédécesseurs théologiens, eux aussi, avaient dit du droit de la guerre. Par là, il tient aux auteurs antérieurs, il a donné probablement l'expression dernière de ce droit international qu'on pourrait appeler le droit international théologique. De même, par sa définition de la société des Etats, il a donné l'expression première du droit international nouveau à fondement philosophique. Il s'est trouvé ainsi l'intermédiaire entre les deux aspects de la science du droit des gens. Grâce à lui, ce droit est sorti un peu des livres de théologie pour former une science à part. Il a, nous semble-t-il, ainsi commencé l'évolution, accentuée par Grotius et ses successeurs.

Telle est la place que doit occuper Suarez parmi les auteurs de droit international. C'est un auteur de transition.

Qu'on n'exagère pas d'ailleurs cette idée, c'était encore, avant tout, un théologien. Ceci explique qu'il n'ait point abordé d'autres points du droit international. Ceux qu'il a traités, on ne saurait trop le répéter, il les a étudiés à propos d'une science spéciale. D'ailleurs, que la théologie ait suffi largement à occuper son existence et à en faire une existence bien remplie, on n'en peut guère douter si on songe que ce jésuite a pu écrire trente volumes parmi lesquels ce que nous analysé représente au plus quinze chapitres.

L. Rollaris.

Hugo Grotius.

Dans l'histoire du droit international, Grotius apparaît au premier plan : parmi les fondateurs de cette discipline, il est assurément le plus grand et d'aucuns ont voulu, par une simplification d'ailleurs excessive, lui en attribuer la création à titre exclusif. Son *De jure belli ac pacis* a suffi à lui valoir l'honneur de ce rang et a permis de le citer en bonne place dans une époque qui a connu Bacon et Descartes. Ne se bornant pas au droit international, le *De jure belli* touche au droit public interne, au droit privé et au droit criminel, et contient aussi un système de philosophie du droit. Déjà il fait apparaître combien étaient divers les domaines d'activité de Grotius, sans toutefois montrer complètement l'universalité de son esprit.

Grotius, en effet, ne s'est pas borné aux études juridiques : il a été à la fois penseur et homme d'action. Non seulement il est juriste de droit international, juriste de droit privé et juriste philosophe, mais on le trouve versé en navigation et en astronomie, poète, historien et théologien. Ce penseur est en même temps un homme d'action, avocat et magistrat en Hollande puis ambassadeur en France. Pour l'étudier d'une façon complète, il faudrait être versé dans toutes les matières où son activité s'est portée et être en même temps un historien. Notre but est plus modeste et notre compétence plus restreinte. Ce que nous voulons étudier en lui, c'est le jurisconsulte de droit international, dont nous trouverons la doctrine dans le *De jure prædæ* et dans le *De jure belli*. Il convient, néanmoins, avant de

passer à l'analyse de ces deux ouvrages, de montrer à grands traits quelle fut sa vie et d'indiquer brièvement ses œuvres principales. Cette étude présentera un double intérêt : elle nous fera connaître l'homme et l'universalité de son esprit que nous verrons s'adonner aux ordres de connaissances les plus variés ; en second lieu, elle nous fera pénétrer dans l'activité diplomatique de Grotius, nous permettant de saisir sur le vif, avec l'aide de sa correspondance, quelques particularités de la vie de l'ambassadeur au XVIIe siècle, et nous révélant quelques espèces peu connues et intéressantes au point de vue juridique.

Après avoir retracé la vie de l'auteur et analysé les deux ouvrages que nous avons indiqués, nous insisterons sur sa méthode et sur quelques théories qui se dégagent de l'œuvre et nous paraissent dominer son système de droit international (1).

(1) La rédaction de cette étude était terminée quand nous avons eu connaissance du livre de M. Sylvino Gurgel do Amaral, *Ensaio sobre a vida e obras de Hugo de Groot*, Rio de Janeiro-Paris, 1903. Nous avons pu cependant nous y référer quelquefois pour compléter notre travail. Le but de cet auteur est d'ailleurs assez différent du nôtre, car il s'attache principalement à la vie de Grotius, l'examen des écrits de celui-ci n'intervenant qu'à titre accessoire. Le mérite propre de cet ouvrage est de nous faire connaître certains documents inédits ; mais on doit regretter que l'auteur ait à peine utilisé la correspondance de Grotius, alors que celle-ci devait constituer, semble-t-il, une source de premier ordre.

I

LA VIE ET LES ŒUVRES DE GROTIUS

Hugues de Groot, plus connu sous le nom de Hugo Grotius, naquit le 10 avril 1583, à Delft, où les membres de sa famille avaient exercé souvent des charges municipales. Son bisaïeul, Corneille Cornets, était un gentilhomme d'origine franc-comtoise qui, à Delft, épousa la fille du bourgmestre, Diederic de Groot et donna le nom de celui-ci à sa descendance (1).

Dès son enfance, Hugo Grotius témoigna des plus heureuses qualités de l'esprit et, toute sa vie, il se montra fidèle à sa devise d'activité dévorante : *Hora ruit* (2). Les fonctions publiques qu'il remplit, et surtout le nombre et la diversité de ses ouvrages en sont une preuve suffisante. A douze ans, on l'envoya à l'Université de Leyde où il suivit l'enseignement de Joseph Scaliger. En 1597, il soutint « avec le plus grand applaudissement des thèses publiques sur les mathématiques, la philosophie et la jurisprudence (3). »

(1) De Burigny, *Vie de Grotius avec l'histoire de ses ouvrages et des négociations auxquelles il fut employé*, Paris, 1752, 2 vol., t. I, p. 1 et 2. Sur l'origine de la famille de Grotius, on trouvera de curieux documents rapportés dans S. G. do Amaral, *Ensaio sobre a vida e obras de Hugo de Groot*, p. 4-6.

(2) Aubery, seigneur Du Maurier. — *Mémoires pour servir à l'histoire de Hollande*, Paris, 1687, p. 361.

(3) De Burigny, *Vie de Grotius*, t. I, p. 12.

L'année suivante, Grotius fit son premier voyage en France, où il accompagna Oldenbarneveldt, envoyé avec le comte Justin de Nassau comme ambassadeur auprès du roi Henri IV, afin de déterminer celui-ci à ne point conclure de paix particulière avec l'Espagne (1). Grotius reçut du roi son portrait et une chaîne d'or et ce prince le présenta à la Cour comme le « miracle de la Hollande (2) ». Pendant son séjour qui dura près d'un an, Grotius se fit recevoir docteur en droit à Orléans. Il aurait désiré faire la connaissance du Président de Thou. Ne l'ayant pu, il lui écrivit, après son retour à Delft, pour lui faire part de ses regrets (3) et, depuis lors, ils restèrent en relations constantes (4).

Revenu en Hollande, Grotius s'adonna au barreau (5), sans toutefois demeurer étranger aux sciences et sans négliger la culture des belles lettres qui présenta toujours pour lui le plus vif attrait. En 1599, avec l'aide de son père d'ailleurs, — mais son extrême jeunesse suffit à expliquer qu'il n'ait pas entrepris seul une telle œuvre — il donna une nouvelle édition du *Satyricon* de Martianus Cappella, ouvrage qui, d'après de Burigny (6), ne peut être bien entendu que si l'on est « au fait de toutes les sciences » et qui nous apprend « jusqu'où avaient été les connaissances des anciens ». Grotius réussit si excellemment dans cette œuvre

(1) De Burigny, *Op. cit.*, t. I, p. 19 et s.

(2) *Allgemeine deutsche Biographie*, Leipzig, 1879, V°. Grotius. — *Biographie universelle* (Michaud) nouvelle édition, V° Grotius.

(3) H. Groth, *Epistolæ*, Amstelodami, 1687, in fol., 1re part., epist. I, p. 1.

(4) De Burigny, *Op. cit.*, t. I, p. 23 et s.

(5) Il dut pour cela apprendre à rédiger les pièces à produire en justice et s'initier à la procédure. Il nous l'indique lui-même dans une lettre du 25 septembre 1636 à son frère Guillaume, où, faisant allusion à la manière d'apprendre la pratique judiciaire, il dit : « *et exscribat formulas libellorum, actionum, defensionum et omnem illam pragmaticæ scriptionis farraginem ; quem ego laborem concoxisse memini* ». *Epistolæ*. 2e part., epist. 380, p. 863.

(6) De Burigny, *Op. cit.*, t. I, p. 31.

difficile qu'il en reçut les félicitations de Scaliger et du Président de Thou et qu'il fut comparé par Vossius à Erasme.

La même année, il traduisait en latin un ouvrage hollandais du mathématicien Stevin, destiné à guider les navigateurs. En 1600, il se montrait versé en astronomie en traduisant du grec les *Phénomènes* d'Aratus : pour cet ouvrage encore, Grotius atteste qu'il fut aidé par son père (1).

Jusque-là, l'œuvre scientifique apparaît au premier plan dans la vie de Grotius. Cet esprit, avide d'activité, ira chercher le repos dans des distractions littéraires. Il ne s'en tiendra pas à de simples pièces de vers que, selon le goût du temps et du pays, il devait écrire en latin comme sa prosopopée d'Ostende où la ville se fait gloire d'un siège soutenu depuis trois ans, œuvre si bien accueillie qu'on l'attribua à tous les grands hommes du temps, que les plus doctes crurent ces vers « de la composition de Joseph Scaliger, qui en faisait de merveilleusement beaux (2) ». Comme marque de leur valeur, Du Maurier ajoute que « M. de Malherbe, qui admirait peu de choses, en a fait si grand état, qu'il les a traduits en vers français (3) ». Abordant un genre plus élevé, Grotius composera trois tragédies sur des sujets tirés de la Bible, *Adamus exsul*, en 1601, *Christus patiens*, en 1608, *Sophomphaneas*, en 1635 (4).

Quoique divers et fort étendus, les domaines d'activité de Grotius que nous avons jusqu'ici signalés, furent encore pour lui les moindres. Les Etats généraux des Provinces Unies lui en ouvrirent un nouveau en le choisissant, en 1602, comme historiographe, le préférant à plusieurs savants célèbres, sans que, dit de Burigny (5) « il eût fait au-

(1) Voy. De Burigny, *Op. cit.*, t. I, p. 34, note *a*.

(2) Aubery du Maurier, *Op. cit.*, p. 333.

(3) Aubery du Maurier, *Op. cit.*, p. 334.

(4) Sur les jugements portés sur Grotius comme poète, voy. De Burigny, *op. cit.*, t. I, p. 40-51.

(5) De Burigny, *Op. cit.*, t. I, p. 52.

cune démarche pour obtenir cette place. » C'est en cette qualité que Grotius écrivit les *Annales et Historiæ de rebus Belgicis, ab obitu Philippi regis usque ad inducias anni 1609* ouvrage qui, terminé en 1612, ne fut publié qu'en 1654, après la mort de l'auteur et par les soins de ses fils.

Ces travaux divers plaisaient plus à Grotius que sa profession d'avocat, comme il l'atteste dans une lettre du 21 juillet 1603, adressée à Daniel Heinsius : son esprit pacifique s'accommode mal aux procès et le temps qu'il y consacre serait pour lui mieux employé, pense-t-il, à faire de la philosophie, à cultiver les poètes et à étudier les mœurs anciennes. Et il se plaint aussi du peu de gloire qu'il en retire (1).

Ces regrets trahissent peut-être une ambition un peu hâtive, un peu imprévoyante aussi, car non seulement il apparaît bien que Grotius s'est montré surtout supérieur dans les matières juridiques et de la philosophie du droit, mais encore, et plus spécialement, on peut conjecturer que ce fut sa profession d'avocat qui l'amena, bien qu'indirectement, à composer son célèbre ouvrage *De jure belli ac pacis*. Et voici comment cette conjecture peut s'établir. Vers 1603, à l'époque où Grotius venait d'être nommé historiographe des Provinces Unies, au temps où il exprimait à Daniel Heinsius son peu de goût pour le barreau, Grotius avait écrit des ouvrages scientifiques et littéraires estimés : il n'avait encore rien publié sur les matières juridiques. Pour connaître en lui le jurisconsulte, il fallait le chercher au palais, au milieu de ses plaidoiries. Or, lui-même, dans sa lettre à Heinsius, nous laisse entrevoir qu'il y aurait acquis déjà une certaine notoriété le dégageant des autres, bien que de façon insuffisante au gré de ses désirs. Et de Burigny, plus affirmatif, nous déclare que l'applaudissement universel qui avait accueilli le jeune avocat plaidant

(1) *Sylloges epistolarum a viris illustribus scriptarum*, par Burmann, t. II, ep. 146, p. 391.

sa première cause ne se démentit plus tant qu'il continua l'exercice de cette profession (1).

Or, vers cette époque, Grotius se mit à composer un ouvrage dont l'objet était l'application à une espèce particulière de principes de droit international, de droit public interne et aussi de morale chrétienne : le *De jure prædæ* (2) dont nous aurons à montrer plus loin la relation étroite avec le *De jure belli ac pacis*. Sans qu'il soit permis d'être très affirmatif à ce propos, on peut conjecturer qu'il fut composé à la demande de la Compagnie hollandaise des Indes orientales (3) dont Grotius défend la conduite. Or, pour qu'il en fût ainsi, il fallait que la renommée du jeune avocat fût déjà bien établie.

La Compagnie hollandaise des Indes orientales s'était vue, dès le début de ses opérations, exposée aux actes hostiles des Portugais qui, non seulement étaient les adversaires des Hollandais parce que, sujets du roi d'Espagne, ils épousaient les querelles de leur prince contre les Provinces Unies, mais qui, de plus, entendaient être seuls à naviguer et trafiquer aux Indes orientales. La Compagnie hollandaise, bien que possédant un caractère essentiellement pacifique et commercial, dut recourir à la force pour sa défense et pour la réalisation même de son but premier; elle captura des vaisseaux portugais. La première prise fut celle qu'opéra Hemskerk, d'une caraque portugaise, dans le détroit de Malacca. Lorsqu'il s'agit d'attribuer aux membres de la Compagnie la part de chacun dans le produit de la prise, on se trouva en présence d'une grave difficulté. La Réforme avait fait naître dans l'esprit de nombreux

(1) De Burigny, *Op. cit.*, t. I, p. 55.

(2) Le *De Jure prædæ* fut composé en 1604 et 1605. Voy. Grotius, *De Jure prædæ, Hagæ Comitum*, 1868, préf. Hamaker, p. IX.

(3) Cpr. *De Jure prædæ*, préf. Hamaker, p. VIII. Même si Grotius a agi de son propre mouvement en écrivant le *De Jure prædæ*, il a été conduit par ses études juridiques antérieures à composer ce livre.

protestants hollandais l'idée que toute guerre est injuste, contraire aux préceptes chrétiens. Aussi, certains membres de la Compagnie refusèrent de participer au profit tiré de la prise de la caraque ou même vendirent leurs actions. Il y en eut qui voulurent constituer une nouvelle Société qui s'abstiendrait de toute opération de guerre ; ils en furent empêchés par l'État batave qui, ayant accordé un privilège à la Compagnie existante, ne voulait pas permettre qu'une autre se créât en face d'elle. Le projet de certains de constituer une nouvelle société en France, sous la protection du roi Henri IV, n'aboutit pas (1).

Il y avait dans ces hésitations et ces projets dissidents un danger grave, non seulement pour la Compagnie des Indes, mais encore pour les Provinces Unies. C'était un élément de discorde civile, alors que l'affranchissement définitif du joug espagnol n'était pas encore complètement consommé. Contester la légitimité de la prise, c'était se priver d'un moyen de défense sans l'emploi duquel il était impossible de maintenir le commerce lointain contre les prétentions portugaises. Enfin, la création d'une société française vouée au commerce des Indes et soutenue éventuellement par un prince puissant contre l'exclusivisme portugais eût atteint gravement les intérêts des Bataves, peuple essentiellement commerçant et navigateur, au point, peut-être, de compromettre les forces de résistance de la République contre un retour offensif de la puissance espagnole.

Ainsi, l'intérêt de la Compagnie et celui de l'État condamnaient ces scrupules. Soit qu'il parlât au nom de la Compagnie, soit qu'il fût poussé seulement par une pensée patriotique, Grotius s'efforça de les réduire à néant et ce fut l'objet du *De jure prædæ*. Ce livre marque

(1) *De Jure prædæ*, préf. Hamaker, p. VII et VIII. — Rolin-Jaequemyns, compte-rendu de l'ouvrage précédent, *Revue de droit international et de législation comparée*, 1875, p. 695, 696. — Nys, *Les origines du droit international*, p. 382, 383. — Grotius, *Histoires*, trad. fr. Amsterdam, 1662, l. XI, p. 512.

une date importante dans l'histoire de l'orientation politique et scientifique du penseur hollandais. Grotius met ici sa technique juridique à profit pour l'étude de questions visant la théorie générale du droit et surtout le droit international. L'avocat y a apporté la connaissance des lois romaines et de leurs commentateurs et aussi une méthode rigoureuse de raisonnement. Le jurisconsulte de droit international y apparaît par la nature même des questions traitées. C'est de ce côté de la science juridique que Grotius va désormais porter ses efforts les plus sérieux et les plus constants. C'est aussi vers le domaine des relations entre Etats que son activité politique va principalement se diriger.

Cela ne s'est point produit comme la conséquence d'une notoriété particulière que l'œuvre aurait fait acquérir à l'auteur, mais bien plutôt par un effet purement interne de l'œuvre sur l'écrivain, des études faites sur celui qui les a entreprises. Car le *De jure prædæ* fut inconnu des contemporains de Grotius. Soit que les scrupules contre lesquels il s'élevait eussent cessé spontanément, soit pour une autre cause, l'ouvrage resta complètement ignoré jusqu'en 1864. A cette époque, on en apprit l'existence par le catalogue d'une vente de manuscrits qui devait s'effectuer à La Haye. On pensa que l'ouvrage méritait d'être imprimé et, en 1868, Hamaker en donna à La Haye une édition très soignée.

Cette publication du *De jure prædæ* n'était pas de tous points une nouveauté, car, dès 1608, le chapitre XII en avait été détaché et avait été imprimé sous le titre de *Mare liberum*, avec de très faibles modifications rendues indispensables par le fait même de l'apparition comme œuvre séparée (1). Le *De jure prædæ* avait été composé à propos

(1) Les modifications apportées au chapitre XII du *De Juræ prædæ* pour en faire le *Mare liberum* peuvent se résumer en ceci : La première page, jusqu'à *noluit enim Deus...* est remplacée par quelques lignes. Vers la fin de son chapitre XII, le *Mare liberum* modifie un

de faits politiques et dans une vue patriotique, le *Mare liberum* fut publié à propos de faits de même ordre et dans une même vue. En 1608 se poursuivaient les négociations qui devaient amener entre l'Espagne et les Provinces Unies la trêve d'Anvers, du 9 avril 1609. Or, au cours des pourparlers, l'Espagne émit la prétention d'écarter les Hollandais du commerce des Indes. La question de la liberté des mers se trouvait ainsi engagée. Le *Mare liberum* l'examine doctrinalement pour conclure au rejet de la prétention espagnole qui, de fait, ne l'emporta point.

L'ouvrage parut sans nom d'auteur et, dans une lettre à Daniel Heinsius, Grotius déclare que cette publication fut faite à son insu (1). Mais cette dernière affirmation est contredite par ce que notre auteur avance dans la *Maris liberi defensio adversus Welwodum*, opuscule acheté en même temps que le *De jure prædæ* par la bibliothèque de Leyde :

peu le texte des pages 248 et 249 du *De Jure prædæ*. Le chapitre XIII remplace une dizaine de lignes du *De Jure prædæ*, depuis *Cum igitur*... jusqu'à *Prætor*... (p. 249) par un passage nouveau. Puis viennent quelques lignes communes aux deux ouvrages ; enfin ce chapitre, qui est le dernier, se termine par un passage nouveau depuis *Imo et post* (environ 3/4 de page). La partie finale du *De Jure prædæ* depuis *Injusta*... (p. 250-267) n'est pas reproduite dans le *Mare liberum*. Ajoutons que le *Mare liberum* est, en outre, précédé d'une sorte de préface adressée aux princes et aux peuples libres du monde chrétien et que deux lettres datant de 1606 et de 1607 y sont jointes.

(1) *Sed qui tantum mali feci, ut mihi tam acerbe de dilata exemplaris libelli mei missione insultares? An nescis, mare illud ita liberum esse, ut me domino inscio atque invito in libertatem proruperit, Elzeviriis herenle manumittentibus, qui mihi jus patronatus intervertere, dum ego in ultima Noorthollandia fisci utilitatibus pervivaciter indulgeo ; quam ob rem æquissimum esse, ut in integrum restituar, multi mihi jurisconsulti respondent. Tu igitur, ita habe, quasi nunc is liber prodeat, teque ante omnes alios, ita uti par est, salutet, quippe qui tot cruciatus et fastidia ipsius causa fortiter exhauseris, ut ipsos illos, qui in liberrimo mari, quod oceanum dicimus, vehuntur, magis nauseare non putem.* — *Sylloges epistolarum a viris illustribus scriptarum*, édit. Burmann, Leyde, 1727, epist. 198, t. II, p. 426, 427.

il y déclare avoir résolu lui-même, en 1609, de publier un chapitre détaché de l'œuvre principale et il se vante d'avoir ainsi contribué à faire écarter les prétentions espagnoles (1).

Ce qui contribua à la célébrité du *Mare liberum* c'est que, dans la suite, la question de la liberté des mers se posa pratiquement à nouveau. Aussi écrivit-on contre l'ouvrage de Grotius. Au nombre de ses adversaires notre auteur dut compter l'Ecossais William Welwod auquel il avait pensé répondre en écrivant l'opuscule que nous avons précédemment mentionné (2). Les savants de la péninsule ibérique ne pouvaient non plus laisser passer sans mot dire les thèses du *Mare liberum*. Grotius nous apprend qu'un livre avait été fait à Salamanque pour le réfuter : mais l'ouvrage avait été supprimé par ordre royal (3). En 1625, cependant, paraissait à Valladolid un ouvrage de François Séraphin de Freitas, intitulé : *De justo imperio Lusitanorum asiatico* (4). Tous ces écrits se trouvèrent

(1) *At cum post aliquanto ab Hispanis spes aliqua patriæ ostentaretur pacis aut induciarum, sed ab iisdem postularetur res iniquissima, ut Indiæ commercio abstineremus, partem ejus commentarii, in qua ostensum erat nec jure, nec probabili ullo juris colore niti hanc postulationem, seorsum edere statui Maris liberi nomine, hoc animo ac spe, ut et nostris animum adderem, ne quid de manifestissimo jure decederent, et experirer an ab Hispanis obtineri posset, ut causam non tantum validissimis argumentis, sed et popularium suorum auctoritate jugulatam agerent paulo remissius : puorum utrumque successu non caruit.* Cité dans *De Jure prædæ*, préf. Hamaker, p. IX et X. Cet opuscule est rapporté en appendice dans Muller, *Mare clausum, Bijdrage tot de geschiedenis der rivaliteit van Engeland en Nederland in de zeventiende eeuw*. Amsterdam, 1872, p. 331-361 ; ce dernier ouvrage est une thèse de doctorat soutenue à Leyde. Le passage cité est aux pages 331 et 332.

(2) Nys, *Les origines du droit international*, p. 385.

(3) Lettre à son frère du 1er avril 1617. *Epistolæ*, 2e part., epist. 15, p. 759. De Burigny, *op. cit.*, t. I, p. 63.

(4) Lettre à son frère du 20 février 1627. *Epistolæ*, 2e part., epist. 144, p. 796. De Burigny, *op. cit.*, t. I, p. 63, se conformant à la lettre citée, appelle cet auteur Freiras. Nous adoptons au texte l'orthographe suivie par M. Nys, *Les origines du droit international*,

éclipsés par le fameux *Mare clausum* de l'Anglais Selden, imprimé en 1635, à tel point que, de nos jours encore, deux noms caractérisent souvent les deux thèses adverses et ce sont ceux de Grotius et de Selden.

Grotius connut et apprécia l'ouvrage de Selden dont il loue même le talent dans son *De jure belli*, l'appelant « l'honneur de l'Angleterre (1) ». Il parut touché de la courtoisie de l'écrivain anglais (2). C'était le cas, semble-t-il, en face d'un tel adversaire, de défendre les thèses du *Mare liberum*. Déjà, il avait été sollicité de répondre à l'ouvrage de F. S. de Freitas ; mais lorsque celui-ci parut, Grotius n'était plus en Hollande : à la suite d'événements que nous retracerons, il avait dû quitter sa patrie pour échapper aux effets d'une condamnation à la prison perpétuelle ; on était malvenu à lui demander de défendre la thèse de la liberté des mers chère aux Hollandais et profitable à leurs intérêts. Aussi, aux sollicitations qu'on lui adresse, il répond en renvoyant à ses juges le soin de réfuter le savant espagnol (3). Pour s'abstenir de répondre à Selden il aura encore une autre raison, celle-ci de nature politique et qui s'ajoutait à la précédente. Au temps où il aurait pu le faire, il était ambassadeur de Suède à Paris et, par suite, il ne voulait point, pour défendre les intérêts de ceux qui le traitaient en ennemi, compromettre les prétentions de l'Etat qu'il représentait sur les golfes de Bothnie et de Finlande (4).

p. 383 et par M. do Amaral, *Ensaio sobre a vida e obras de Hugo de Groot*, p. 65 et s.

(1) *De jure belli*, l. II, ch. II, § 2, n° 5, note.

(2) Lettre à son frère du 10 janvier 1638. *Epistolæ*, 2e part., ep. 364, p. 858.

(3) *Scriptum est satis diligens et vir dignus cui rescribatur. Sunt qui me incitant : ego dico quærendum ex judicibus nostris aliquem, cui id muneris delegatur...* Lettre à son frère du 20 février 1637. *Epistolæ*, 2e part., ep. 144, p. 796.

(4) Lettre à son frère du 14 décembre 1636. *Epistolæ*, 2e part., ep. 384, p. 864.

Là ne s'arrête point la liste des auteurs qui cherchèrent à répondre au *Mare liberum*. Nous nous sommes borné à citer ceux dont Grotius lui-même nous parle dans ses lettres. Cela montre que toujours est resté présent à son esprit l'ordre d'idées dont il avait abordé l'étude dans le *De jure prædæ*.

Ce qui l'y confirma et ce qui nous fait apparaître rétrospectivement la réputation qu'il y avait acquise, ce sont les missions diplomatiques dont il fut chargé et les avis qu'on lui demanda sur des questions de droit international maritime. Notre auteur qui, en 1607, avait été nommé avocat général du fisc de Hollande et de Zélande (1) accepta, en 1613, les fonctions de Pensionnaire de Rotterdam qui lui donnaient entrée aux Etats de Hollande et aux Etats Généraux (2). A ce titre et surtout à raison de sa renommée scientifique, Grotius fut désigné au nombre des commissaires hollandais qui eurent, en 1615, à discuter avec des commissaires anglais des questions dont le *Mare liberum* contenait déjà l'étude. Deux navires d'Amsterdam, se livrant à la capture des walrus sur les côtes du Groënland, y furent attaqués par des vaisseaux anglais qui, sous prétexte d'un droit du roi de Grande-Bretagne sur ces mers, confisquèrent les walrus déjà pris et les instruments de capture. Les Etats chargèrent alors Grotius, « qui avait déjà écrit sur cette matière et qui était au fait plus que personne (3) », d'aller en Angleterre pour demander réparation. Il ne réussit pas à obtenir satisfaction.

Les choses n'en restèrent pas là : comme les Hollandais prenaient désormais la précaution d'aller en force au Groenland, des conflits étaient à craindre. Aussi, pour les éviter, une conférence eut lieu, en 1615, entre commissaires anglais et commissaires hollandais : Grotius, comme nous

(1) De Burigny, *op. cit.*, t. I, p. 58.
(2) De Burigny, *op. cit.*, t. I, p. 68, 69.
(3) De Burigny, *op. cit.*, t. I, p. 72.

l'avons dit, était au nombre de ces derniers. Lui-même nous renseigne sur cette conférence dans une lettre à Du Maurier du 5 juin 1615 (1). Les Hollandais prétendirent que le Groënland n'appartenait point aux Anglais et que, même à supposer le contraire, cela n'irait pas contre la liberté d'user de la mer qui est commune à tous et contre le droit de s'approprier par la capture les baleines qui sont *res nullius*. S'attachant surtout au premier point, ils réfutèrent la prétention des Anglais d'avoir découvert le Groënland, et montrèrent que des navigateurs hollandais avaient été les premiers à visiter ces régions et à leur donner des noms (2). Ce que voyant, les Anglais, à bout d'arguments, déclarèrent ne pas avoir pour mission de discuter le droit de leur souverain sur cette contrée, mais seulement, ce droit étant préalablement admis, d'examiner la question de la pêche. Ils ajoutaient que leurs titres de droit n'étaient point entre leurs mains, mais en Angleterre où ils les feraient voir à l'agent de Hollande Caron. Ils préféraient, ajoute Grotius, avoir affaire à celui-ci dont ils prendraient

(1) *Epistolæ*, 1re part., ep. 59, p. 19, 20.

(2) Il est regrettable que Grotius n'insiste pas davantage sur les opinions présentées à la conférence et relatives à l'acquisition de la souveraineté sur les territoires *nullius*. Il n'apparaît point positivement qu'on y ait prétendu que la priorité de découverte ait fait du Groënland une terre hollandaise. On semble s'y être borné à contester le droit de l'Angleterre sur cette région, en alléguant qu'elle ne l'avait pas découverte. On voit bien que l'idée présentée était d'exiger la découverte pour l'acquisition ; mais c'est là un minimum dont beaucoup ne se contentent pas. On ne voit pas si les commissaires hollandais songeaient à exiger d'autres conditions matérielles. D'ailleurs, ils n'avaient pas à insister sur ce dernier point, puisqu'ils contestaient la priorité de découverte elle-même. Dira-t-on qu'en prétendant que leurs nationaux avaient les premiers connu le Groënland, sans en conclure à la souveraineté hollandaise sur ce territoire, ils écartaient implicitement la théorie de l'acquisition par simple découverte ? Ce serait exagéré, car, même dans cette théorie, on exige l'intention de devenir souverain : or, cette intention avait pu ne pas exister de la part de l'Etat hollandais.

le silence pour une victoire comme ils l'avaient déjà fait auparavant.

Vers la même époque, Grotius eut à donner son avis sur une autre question délicate de droit maritime international, en sa qualité de membre des Etats de Hollande. Des commissions d'armer des vaisseaux en course avaient été données à des armateurs : ceux-ci, guidés par l'appât du gain et se laissant aller aux abus qu'entraîna si souvent cette institution et qui devaient en amener la ruine, s'attaquèrent même aux amis de la Hollande et enfin, poussant jusqu'au bout leurs excès et sourds désormais aux ordres de leur souverain, en vinrent à courir les mers comme de simples pirates. Des gens de Poméranie, lésés par leurs déprédations, s'adressèrent aux autorités hollandaises, prétendant faire assumer à l'Etat la responsabilité des brigandages de ceux qui, primitivement, s'étaient armés pour sa défense. La question fut portée à l'assemblée des Etats de Hollande et de Westfrise où Grotius, dont l'avis prévalut, soutint que l'Etat n'était pas responsable de ces dommages, que sa seule obligation était de punir ou de livrer ces pirates s'ils venaient à être pris, et de permettre que leurs biens servissent à indemniser leurs victimes. Il lui sembla que l'Etat n'avait pas été la cause de ces pirateries : l'Etat avait le droit d'enjoindre à tous ses sujets de piller l'ennemi ; rien ne le forçait à exiger caution des armateurs auxquels il avait donné des lettres de marque. De plus, ce n'est pas cette permission donnée aux armateurs qui a été la cause du dommage car, sans elle, ils auraient pu armer des vaisseaux et courir les mers. Enfin il tirait argument des lois françaises et anglaises (1).

Ses études sur le droit des gens, les fonctions publiques qu'il remplissait, laissaient cependant à Grotius le loisir de vaquer à des travaux historiques et littéraires. Nous avons

(1) *De Jure belli*, l. II, ch. XVII, § 20. — DE BURIGNY, *op. cit.*, t. I, p. 80-82.

mentionné précédemment la composition des *Annales et Historiæ de rebus Belgicis*. En 1610, il publiait le *De antiquitate Reipublicæ Bataviæ* (1) où il fait l'histoire du gouvernement batave jusqu'à l'époque la plus récente. Il écrivit aussi, sous le titre de *Parallela rerumpublicarum*, un ouvrage de science politique dont le troisième livre seul a été publié, en 1801, par le baron de Meerman. En 1614, il donnait une édition de Lucain.

Les fonctions publiques de Grotius allaient bientôt l'engager dans une crise politique et religieuse dont il fut, à la fois, l'acteur et la victime et qui devait exercer une profonde influence sur sa vie et ses travaux. Dès avant la conclusion de la trêve entre l'Espagne et les Provinces Unies, un ferment de discorde religieuse avait pénétré dans celles-ci par la naissance entre Arminius et Gomar, professeurs à l'Université de Leyde, d'une controverse sur les effets de la grâce, fort analogue à celle qui, dans les pays catholiques, mit aux prises jansénistes et disciples de Molina. La dispute religieuse se doubla d'une lutte politique. Oldenbarneveldt et Grotius étaient arminiens ; Maurice de Nassau s'appuya sur les gomaristes. Sans entrer dans les détails de cette lutte pendant laquelle Grotius chercha toujours à suivre les voies de la modération (2), il nous suffira d'en rappeler l'issue : le patriote républicain Oldenbarneveldt fut condamné à mort et exécuté ; Grotius fut condamné à la prison perpétuelle en 1619.

Au cours de ces discussions, Grotius avait eu recours à sa plume pour défendre ses partisans. En 1613, à la demande des Etats de Hollande, il publiait un ouvrage intitulé : *Ordinum Hollandiæ et Westfrisiæ pietas ab improbissimis multorum calumniis vindicata*. Puis il passait à des études purement théologiques en faisant paraître, en 1617, sa *Defensio fidei catholicæ de satisfactione Christi adver-*

(1) De Burigny, *op. cit.*, t. I, p. 65-67.
(2) Voy. De Burigny, *op. cit.*, t. I, p. 91-162.

sus Socinum. Il ne les abandonna plus désormais et, pendant sa captivité, il écrivit, en hollandais et à l'usage des matelots un *Bewys van den wæren Gottsdienst* (*Traité de la vraie religion*) qu'il traduisit plus tard en latin.

Grotius, dans sa prison, avait obtenu l'autorisation d'avoir des livres ; ce lui fut un adoucissement aux heures de captivité, et cela lui procura le moyen de recouvrer sa liberté. C'est, en effet, en s'enfermant dans un coffre destiné à contenir des livres et grâce au dévouement de sa femme, qu'il quitta sa prison (1) pour se réfugier en France où il avait des amis, comme le prince de Condé, du Vair, Peiresc, le président Jeannin qui lui firent obtenir une pension de 3.000 livres, signe certain de la munificence royale, mais souvent illusoire par suite de l'embarras des finances publiques. Arrivé à Paris le 13 avril 1621, il songe bientôt à défendre sa conduite et celle de ses compagnons de lutte et d'infortune dans les affaires qui lui avaient coûté la liberté : c'est l'objet de son *Apologeticus* qu'il publie en hollandais et en latin (2). Vers le même temps il donne la dernière main à sa traduction de Stobée, qu'il avait commencée dans sa prison.

A cette époque, Grotius entreprend et mène à bien la composition du *De jure belli ac pacis* qui parut en 1625. Dès les premiers mois de 1623, ses lettres nous le montrent y travaillant activement (3). Tout d'abord les livres lui font défaut ; il se procure cependant les ouvrages les plus indispensables, Ayala et Gentilis (4), et travaille en tirant profit

(1) Aubery du Maurier, *op. cit.*, p. 337-338. — De Burigny, *op. cit.*, t. I, p. 170-179.

(2) Aubery du Maurier, *op. cit.*, p. 340. — De Burigny, *op. cit.*, t. I, p. 210 et s.

(3) Hély, *Etude sur le droit de la guerre de Grotius*, Paris, 1875, p. 22-23. Cet auteur a fait usage des lettres de Grotius pour suivre l'élaboration du *De Jure belli*.

(4) Lettre à son frère du 23 avril 1623. *Epistolæ*, 2e part., ep. 53, p. 769, 770.

de la bibliothèque mise par De Thou à sa disposition (1). Pendant l'année 1624, l'élaboration de l'œuvre sera terminée. Au reste, dans tout le cours de sa vie Grotius reviendra sur son ouvrage pour y adjoindre des compléments et des notes dans les éditions successives qu'il en donna. En 1642, notamment, il fit paraître une édition dont les notes, écrivait-il quelque temps auparavant, devaient égaler ou dépasser la moitié de l'ouvrage primitif (2).

On a parfois paru penser que Grotius aurait accompli ce tour de force incroyable de créer en deux ans, de toutes pièces, le *De jure belli* (3). Que l'élaboration même de l'ouvrage tienne en cet espace de temps, nous le voulons bien. Grotius nous dit, en effet, que c'est sur les conseils de Peiresc qu'il entreprit cette œuvre (4). Mais il y était admirablement préparé et rien ne prouve qu'en l'absence de cette sollicitation il ne s'y serait point décidé lui-même. Comme nous l'avons vu, depuis la composition du *De jure prædæ* les questions juridiques nées de l'activité extérieure

(1) Lettre à de Thou du 7 août 1623 : ... *In quo labore, ut faciam quod facio libentissime, tui scilicet ut meminerim, ipsa librorum tuorum inspectio singulis prope momentis me admonet. Epistolæ*, 1re part., ep. 198, p. 71.

(2) Lettre à son frère du 5 nov. 1639. *Habeo penes me libros correctos de jure belli et pacis, et notus quæ tantæ sunt quantum libri ipsius dimidium aut ultra. Epistolæ*, 2e part., ep. 471, p. 888 ; voy. aussi, 1re part., ep. 1234, p. 558.

(3) Telle paraît être l'opinion de Cras, *Oratio qua perfecti jurisconsulti forma in H. Grotio spectatur*, Amsterdam, 1776, p. 18-19. *Itaque rem arduam magno animo aggressus Grotius continuo duorum annorum labore, quemadmodum Cleomenes ex rudi marmore formosissimam Venerem Mediceam, ita ex informi indigestaque præceptorum mole elegantissimam juris naturæ, gentium et publici doctrinam effecit.*

(4) Lettre à Peiresc du 11 janvier 1624. *Interim non otior ; sed in illo de Jure gentium opere pergo ; quod si tale futurum est, ut lectores demereri possit, habebit, quod tibi debebit posteritas, qui me ad hunc laborem et auxilio et hortatu tuo excitasti. Epistolæ*, 1re part., ep. 201, p. 72.

des Etats préoccupaient le savant hollandais et son esprit le portait naturellement à remonter aux principes premiers du droit ; tel sera justement le double objet du *De jure belli*. Quand, en 1615, Du Maurier, ambassadeur de France en Hollande et son ami, lui demandait conseil pour une méthode d'instruction, il lui recommandait entre autres choses l'étude du droit des gens et du droit public dans Platon, Cicéron et saint Thomas d'Aquin, dans les Pandectes et dans le Code et aussi chez des auteurs modernes, Vasquez, Hotman et Gentilis (1). L'année précédente déjà, il avait engagé son frère Guillaume à étudier le droit en lisant Aristote et Cicéron et à noter ce qui touchait « au droit de la nature et des gens, à l'origine des lois et des magistrats, à l'Etat et au droit tant public que privé (2) ». D'autres lettres qu'il lui adresse nous montrent encore Grotius s'intéressant aux questions de droit naturel (3) ; dans sa prison, enfin, notre auteur lisait Gentilis (4). Tout

(1) Lettre du 12 mai 1615, *Epistolæ*, 1re part., ep. 54, p. 17-18. Il l'invite aussi à étudier la philosophie, l'éthique, la politique, la rhétorique et l'histoire en lui indiquant des auteurs. Si l'on s'étonnait de la direction un peu exclusive que comporte ce plan d'éducation et du petit nombre d'auteurs modernes de droit public et des gens cités — alors que Grotius en connaissait bien d'autres, comme le montre un coup d'œil jeté sur le *De Jure prædæ*, — il suffirait de remarquer que cette lettre a un objet restreint. L'auteur dit qu'il tient compte de l'âge, de la fonction et des occupations de son correspondant pour se restreindre dans ses indications à l'essentiel. Cette lettre fut publiée sans le consentement de Grotius, comme il nous l'apprend dans une lettre à son frère du 7 janv. 1645. *Epistolæ*, 2e part., ep. 740, p. 976.

(2) *Epistolæ*, 2e part., ep. 3, p. 751.

(3) Lettres à son frère écrites en 1615 et 1616, *Epistolæ*, 2e part., ep. 4, 6 et 12, p. 751, 753, 756. Dans ces lettres il donne à son frère des éclaircissements sur des questions de droit.

(4) Pendant son séjour en France, il écrit en effet à son frère, le 12 janvier 1623, se plaignant de manquer de livres : *Albericum de Jure belli, item advocationes Hispanicas in carcere habuisse memini, hic neutrum habeo. Libros avide exspecto.* — *Epistolæ*, 2e part., ep. 46, p. 768.

cela concourt à montrer que le *De jure belli* est le fruit d'une longue étude antérieure et d'une constante réflexion, préparation qui n'a pas eu tout d'abord pour but précis la composition de cette œuvre, mais qui a permis à Grotius d'en avoir déjà réuni, dans ses méditations, les éléments essentiels au moment de son arrivée en France.

L'ouvrage fut dédié à Louis XIII, mais l'auteur n'en reçut pas de récompense. Tout au contraire, la Cour de France allait lui devenir rigoureuse : sa pension, souvent mal payée, lui fut retirée en 1631 (1), sous l'influence de Richelieu qui, n'ayant pu s'attacher Grotius, lui était bientôt devenu hostile.

Par ailleurs, Grotius reçut une marque de réprobation de la Cour de Rome. Le cardinal François Barberini, légat d'Urbain VIII à Paris, avait lu le *De jure belli* et en avait paru satisfait, se plaignant seulement de l'absence, dans ce livre, des titres donnés au Pape par les écrivains catholiques, absence que la religion de l'auteur suffit à nous expliquer, Grotius étant protestant. Néanmoins, deux ans après l'apparition du *De jure belli*, celui-ci fut condamné par la congrégation de l'Index, en même temps que l'*Apologeticus* et les poésies de Grotius (2). A moins qu'on ait voulu frapper l'œuvre à raison de la religion de l'auteur et sans considérer les opinions émises, les motifs de cette sentence ne nous apparaissent point.

Ni la condamnation de la Cour de Rome, ni l'indifférence du roi de France n'empêchèrent le succès de l'œuvre. On raconte que Gustave-Adolphe l'avait en haute estime et rè-

(1) Aubery du Maurier, *op. cit.*, p. 341.

(2) Lettre à son frère du 11 sept. 1627. *Romæ lectio librorum meorum de jure belli cum permissa aliquamdiu fuisset, subito interdicta est, et simul Apologetici et Pœmatum, excusantibus severitatem inquisitoriam Quiritibus, qui cum Cardinale Barberino Litterarum amante fuerant, ac me viderant.* — *Epistolæ*, 2e part., ep. 153, p. 798-799. — De Burigny, *op. cit.*, t. I, p. 247.

vait d'attacher l'auteur à son service (1). Empêché par la mort d'accomplir ce projet, il le légua en quelque sorte au chancelier Oxenstiern, qui offrit à Grotius les fonctions d'ambassadeur de Suède en France. Le savant qui, venu en Hollande après la mort de Maurice de Nassau, n'avait pu obtenir sa réhabilitation (2) et avait dû se retirer à Hambourg, accepta et se considéra dès lors comme ayant abdiqué son titre de citoyen batave (3).

Ambassadeur en France, il va se trouver en but à l'hostilité de Richelieu auquel il saura s'imposer quoique *persona ingrata*, auquel il saura résister s'il estime sa dignité ou ses droits compromis. Un coup d'œil jeté à cet égard sur l'accomplissement de ses fonctions diplomatiques fera apparaître quelques aspects curieux de la vie de l'ambassadeur au XVIIe siècle.

Tout d'abord Grotius, désigné par Oxenstiern, sera-t-il reçu comme ambassadeur en France ? Sa nomination n'avait point été, comme elle le serait de nos jours, soumise à l'agrément préalable de la Cour de France qui, soit sous l'influence du cardinal, soit par désir de ne point se compromettre auprès des Provinces Unies en acceptant avec titre officiel le condamné fugitif, aurait sans doute écarté une telle candidature. Si nous en croyons Du Maurier, Richelieu demanda au chancelier de Suède de revenir sur le fait accompli et l'attente de la réponse fut la cause du retard qu'éprouva Grotius à Saint Denis avant d'être introduit à Paris ; cette démarche n'aboutit pas (4) et le cardinal

(1) Aubery du Maurier, *op. cit.*, p. 343. — De Burigny, *op. cit.*, t. I, p. 288-293. — Lettre à Nicolas Reigesberg du 19 déc. 1637. *Epistolæ*, ep. 880, p. 388. Dans plusieurs Etats on avait eu un dessein analogue ; sur le projet d'offrir à Grotius de le prendre au service du roi d'Espagne, voy. un curieux manuscrit du Museum britannique rapporté par M. do Amaral, *op. cit.*, p. 230-231.

(2) De Burigny, *op. cit.*, t. I, p. 259 et s.

(3) De Burigny, *op. cit.*, t. I, p. 295-296.

(4) Aubery du Maurier, *op. cit.*, p. 343-344. Toutefois, De Burigny,

échoua pareillement dans les demandes de rappel qu'il adressa dans la suite à Oxenstiern (1).

La Cour de France allait se retourner d'un autre côté. Jusque-là, pour différer l'entrée de Grotius à Paris, on avait allégué les troubles de la Cour relatifs au mariage de Gaston d'Orléans. Bientôt — ce fut peut-être au retour du courrier envoyé sans succès à Oxenstiern — on changea de tactique. Le comte Brulon, introducteur des ambassadeurs, se rendit auprès de Grotius et lui demanda en quelle qualité il prétendait venir à Paris (2). A la réponse qu'il y venait comme ambassadeur de la reine de Suède, en vertu de pouvoirs donnés par Oxenstiern, le comte répliqua que jamais on n'avait reçu les ambassadeurs envoyés par le duc de Mayenne à ce autorisé par le roi d'Espagne. Il s'appuyait sur ce principe que le souverain seul peut donner pouvoir à un ambassadeur, que son ministre ne le peut pas. Il voyait bien que le chancelier avait reçu les attributions les plus étendues quant à la faculté de décider des affaires de l'Etat ou de négocier, mais non quant à celle de faire représenter l'Etat par d'autres. Il aurait voulu que les pouvoirs de Grotius émanassent du Sénat de Suède, considéré comme organe suprême pendant la régence.

Grotius allégua, à l'inverse, qu'il appartenait au chancelier d'accréditer les ambassadeurs : si ce droit, disait-il, avait été refusé au duc de Mayenne c'était à raison de la guerre et aussi en haine du duc. Au contraire, pour la conclusion de la trêve entre l'Espagne et les Provinces Unies, les archiducs avaient nommé eux-mêmes les ambassadeurs du roi d'Espagne qui avaient été reçus comme tels par les mi-

op. cit., t. I, p. 308, émet des doutes sur cette démarche de Richelieu. Voy. aussi Nys. *Revue de droit international et de législation comparée*. 1899, p. 562.

(1) Do Amaral, *op. cit.*, p. 314-316.

(2) Lettre à Oxenstiern du 19 février 1635. *Epistolæ*, 1re part., ep. 364, p. 132. — Voy. aussi Wicquefort, *L'ambassadeur et ses fonctions*, nouvelle édition, La Haye, 1724, t. I, p. 74-75.

nistres de France et d'Angleterre (1) ; si, pendant la guerre d'Italie, Richelieu avait voulu faire de même, on n'aurait pas élevé de contestations à cet égard. Il ajoutait que déjà des ambassadeurs nommés par le chancelier avaient été reçus comme des ambassadeurs royaux (*ut legatos regios*) par le roi de France et qu'enfin des envoyés de la France, en négociant avec Oxenstiern, avaient reconnu ses pouvoirs.

Le différend portait, au fond, sur la détermination de la qualité à attribuer au chancelier. Dans les pays constitutionnels modernes où le chef de l'Etat ne concentre pas en lui tous les attributs de la souveraineté, semblable question ne pourrait pas se poser : le titulaire du pouvoir exécutif a compétence pour accréditer les ambassadeurs : mais comme c'est une fonction qu'il remplit et non un droit qu'il exerce, il ne pourrait transmettre cette compétence à son ministre des affaires étrangères (2). Supposons, au contraire, la concentration de tous les pouvoirs entre les mains d'un même organe, d'un souverain au sens exact — monarque ou assemblée — il faudra dire que ce souverain pourra déléguer tel ou tel de ses droits, par exemple celui d'accréditer les ambassadeurs. C'était là un point admis dans le droit public français du XVIIe siècle, de cette époque où justement se développait pour prendre tant de force l'institution de ces puissants délégués du souverain qui furent les intendants. Le Sénat de Suède concentrait tous les pouvoirs pendant la régence et pouvait donc les déléguer. En allant au fond des choses on trouvait comme élément premier de la discussion entre Grotius et le comte Brulon une question de fait : le chancelier avait-il, oui ou

(1) Voy. GROTIUS, *Histoires*, trad. fr., Amsterdam, 1662, l. XVII, p. 634.

(2) Il y a lieu d'appliquer ici les mêmes principes que pour la délégation du pouvoir législatif. Sur ce point, voy. ESMEIN, *De la délégation du pouvoir législatif*, dans la *Revue politique et parlementaire*, t. I, p. 200 et s., spécialement, p. 202-205.

non, reçu de l'organe souverain de Suède, c'est-à-dire du Sénat, le pouvoir de nommer des ambassadeurs ?

Cette question de fait ne fut point expressément résolue dans la conversation que nous fait connaître Grotius. Le comte annonça qu'il reviendrait. Quelque jours plus tard Grotius fit, conformément au cérémonial en usage, son entrée à Paris dans les carrosses du roi et de la reine (1). Il fut ainsi considéré comme ambassadeur; cette qualité ne lui fut confirmée par la reine Christine qu'en janvier de l'année suivante, et par des lettres qu'il reçut et présenta au roi en avril (2).

Dans les négociations qu'il entreprit, Grotius se montra attentif à défendre les intérêts de la couronne de Suède. Ce fut peut-être en vue de le rendre plus conciliant, que la Cour de France s'offrit à lui servir à nouveau la pension qu'il recevait au début de son séjour en France ; mais, malgré sa gêne pécuniaire venant des retards apportés aux paiements qui lui étaient dus (3), il estima que sa qualité d'ambassadeur ne lui permettait pas d'accepter cette libéralité (4).

Au début de son ambassade, Grotius avait fait visite à Richelieu ; il avait négocié avec lui et avec le Père Joseph (5); il changea bientôt d'attitude. Richelieu émettait la prétention d'avoir la préséance sur les ambassadeurs, à raison de son

(1) Lettre à Oxenstiern du 5 mars 1625. *Epistolæ*, 1re part., ep. 365, p. 132. De Burigny, *op cit.*, t. I, p. 308-309. Cet auteur, p. 310 et s. relate, d'après les lettres de Grotius, les visites que celui-ci fit et sa présentation au roi.

(2) Lettres à Oxenstiern du 18 avril 1636. *Epistolæ*, 1re part., ep. 577, p. 227. Lettre à la reine Christine, *Epistolæ*, 1re part., ep. 580, p. 228-229.

(3) De Burigny, *op. cit.*, t. I, p. 377 et s.

(4) Lettres à Oxenstiern du 30 mai 1636. *Epistolæ*, 1re part., ep. 592, p. 234 ; du 22 août 1636, *op. cit.*, 1re part., ep. 636, p. 257 ; du 10 déc. 1639, *op. cit.*, 1re part., ep. 1289, p. 583.

(5) Pour le récit de ces négociations, voy. De Burigny, *op. cit.*, t. I, p. 312-361.

titre de cardinal. Les Anglais, dont la religion ne reconnaissait point cette dignité, n'admettaient pas cette prétention et leur ambassadeur en France eut l'ordre de ne point faire visite à ceux qui réclameraient une place plus honorable que celle des ambassadeurs des rois (1). Le comte de Leicester, venu à Paris en 1636 comme ambassadeur extraordinaire, reçut les mêmes instructions et ne vit point le cardinal, alléguant notamment que les prétentions de celui-ci étaient contraires même aux usages de la Cour d'Espagne. Grotius, représentant protestant d'un Etat protestant, demanda à Oxenstiern s'il ne devait pas imiter cette conduite, et n'ayant pas reçu d'ordres contraires, il cessa dès lors de voir le cardinal (2). En outre, il ne continua plus ses relations avec le Père Joseph qui n'avait pas de qualité officielle.

Vers le même temps, Grotius eut à défendre la préséance de la Suède, cette fois contre l'Angleterre. Les ambassadeurs de ces deux puissances ayant envoyé leurs carrosses à la réception d'un nouvel ambassadeur hollandais, une querelle s'engagea pour savoir quel carrosse devait passer le premier (3). La question fut discutée, d'ailleurs très courtoisement, semble-t-il, entre Grotius et le comte de Leicester. Grotius fit valoir que la prétention suédoise n'était pas nouvelle, qu'elle avait été formulée déjà au Concile de Bâle (4) ; il invoqua l'importance du Royaume de

(1) Lettre à Oxenstiern du 14 déc. 1635, *Epistolæ*, 1re part., ep. 475, p. 180.

(2) Lettres à Oxenstiern du 30 mai 1636, *Epistolæ*, 1re part., ep. 592, p. 235 ; du 12 juin 1636, *op. cit.*, 1re part., ep. 598, p. 239 ; du 22 août 1636, *op. cit.*, 1re part., ep. 636, p. 257. — Aubery du Maurier, *op. cit.*, p. 344, 347.

(3) Lettre à Oxenstiern du 19 févr. 1637, *Epistolæ*, 1re part. ep. 718, p. 302.

(4) Autrefois, en effet, les puissances envoyaient des ambassadeurs aux Conciles. Cette pratique a été abandonnée au dernier Concile du Vatican, par suite du développement de l'idée de séparation des Eglises et de l'Etat.

Suède et son antiquité. Il écarta l'autorité pontificale que lui opposait Leicester, en disant que cette puissance avait coutume de se baser non sur la raison mais sur son usage, et qu'il fallait écarter ce qui avait été fait au temps de la tyrannie. Mais le comte de Leicester fit valoir que l'Angleterre avait, avant la Suède, embrassé le christianisme. Cela, répond Grotius, ne doit point lui assurer la préséance : c'est en vertu du même droit que règnent païens, mahométans et chrétiens. La voie du salut éternel est distincte des dominations temporelles. Vouloir faire dépendre le rang des nations de la date de leur conversion serait contraire à l'intérêt du christianisme, ce serait un moyen d'empêcher les princes mahométans de venir à la religion chrétienne, puisqu'ils seraient ainsi placés après des nations infimes comme la Bohème. Enfin Grotius faisait valoir les nobles origines des princes suédois (1).

A la mort de Richelieu, le 4 décembre 1642, Grotius ne témoigna point de regrets exagérés : *non illum refodiam*, disait-il le même jour à Aubery Du Maurier (2). Il ne paraît pas avoir eu non plus beaucoup de sympathie pour Mazarin, qu'il considérait comme un fourbe (3). Quand celui-ci eut pris en main le gouvernement de l'Etat et eut revendiqué à son tour la préséance sur les ambassadeurs à raison de sa dignité cardinalice, Grotius tint, envers lui, la

(1) Lettres à Oxenstiern du 7 mars 1637. *Epistolæ*, 1re part., ep. 722, p. 306 ; du 26 juill. 1637, *op. cit.*, 1re part., ep. 797, p. 345. Trois ans plus tard, nous voyons encore Grotius se plaindre d'un manque d'égards de la part du Chancelier de France et vouloir être traité comme l'ambassadeur d'Angleterre. Lettres à Oxenstiern du 15 et du 29 sept. 1640. *Epistolæ*, 1re part., ep. 1414, p. 645 ; ep. 1420, p. 646-647. Dans le *De Jure belli*, l. II, chap. v, § 21, Grotius dit qu'autrefois on accordait la préséance aux rois qui les premiers étaient devenus chrétiens, dans les Conciles et autres assemblées où il s'agissait des affaires du christianisme.

(2) Aubery du Maurier, *op. cit.*, p. 352.

(3) Aubery du Maurier, *op. cit.*, p. 353.

même conduite qu'envers Richelieu et ne le vit point (1).

Au reste, sa carrière diplomatique touchait à sa fin. Aubery Du Maurier nous rapporte qu'Oxenstiern n'avait maintenu Grotius à Paris que parce que Richelieu en demandait continuellement le rappel. Après le décès du cardinal, le chancelier ne tenait plus à conserver cet ambassadeur « qui s'était retiré de la société des vivants » et qui, « passant les jours entiers et la plupart des nuits avec les morts, pour composer des œuvres en théologie, ne lui pouvait mander que des nouvelles du Pont-Neuf en beau latin » (2). La reine Christine envoya à Paris un aventurier, nommé Cérisante, en qualité d'agent de la Couronne de Suède en France, avec mission de ne rien faire sans le concours de l'ambassadeur. Mais comme Cérisante n'observait point cette réserve et agissait seul, Grotius obtint d'être rappelé (3). A cette occasion la reine Christine lui manifesta directement sa gratitude et son estime et en témoigna dans une lettre à la régente de France (4).

Le temps de son ambassade à Paris fut, pour Grotius, l'époque de sa plus grande activité littéraire et scientifique. Il cultive encore la poésie (5) ; il fait des notes sur Tacite, Stace, Lucain (6). Il compose son *Historia Gothorum, Vandalorum et Longobardorum*, qui ne fut imprimée qu'après sa mort (7). Le juriste réapparaît en lui quand il

(1) Lettre à son frère du 27 déc. 1642. *Epistolæ*, 2e part., ep. 632, p. 946. Lettre à Salvius du 26 sept. 1643, *op. cit.*, 1re part., ep. 1611, p. 716.

(2) Aubery du Maurier, *op. cit.*, p. 353.

(3) Lettre à son frère du 30 juill. 1644. *Epistolæ*, 2e part., ep. 716, p. 970.

(4) De Burigny, *op. cit.*, t. II, p. 89. Do Amaral, *op. cit.*, p. 324-327.

(5) Lettres à son frère des 8 et 15 avril 1645. *Epistolæ*, 1re part. ep. 1753 et 1757, p. 748 et 749.

(6) De Burigny, *op. cit.*, t. II, p. 110-114.

(7) De Burigny, *op. cit.*, t. II, p. 124 et s.

donne sa *Florum sparsio ad jus Justinianeum* (1). Mais ce qui, pendant cette partie de sa vie, attire Grotius avec une force invincible, c'est la théologie. Il s'y absorbe de plus en plus : il revient sur son *De Veritate religionis christianæ* dont il donne une nouvelle édition en 1640 (2). Il compose des *Notes sur l'Ancien Testament* qu'il appelle son plus cher travail et des commentaires particuliers sur certains points touchés dans les Ecritures, notamment sur l'Antechrist (3).

Après la fin de son ambassade, il alla à Stockholm en passant par la Hollande où le meilleur accueil lui était réservé. Trouvant que le climat de la Suède ne lui convenait pas, il s'embarqua pour Lubeck. Mais le vaisseau qui le portait fut jeté par la tempête sur les côtes de Poméranie. Grotius, malade, fut transporté à Rostock, où il mourut le 28 août 1645. On a discuté beaucoup sur les circonstances exactes de sa mort : certains ont même pensé qu'il avait été empoisonné. Le dissentiment s'est surtout porté sur la nature de ses sentiments religieux en face de la mort. Il y a là une controverse qui ne porte que sur des détails historiques et à laquelle nous ne croyons pas devoir nous arrêter (4).

Cette vie de Grotius étonne, à voir combien elle fut remplie. Encore n'avons-nous point cité toutes les œuvres

(1) De Burigny, *op. cit.*, t. II, p. 148-149.

(2) De Burigny, *op. cit.*, t, II, p. 140 et s.

(3) De Burigny, *op cit.*, t. II, p. 149 et s.

(4) Sur la mort de Grotius, voy. Aubery du Maurier, *op. cit.*, p. 359. — De Burigny, *op. cit.*, t. II, p. 100 et s. — Rivier, *La mort de Grotius*, dans la *Revue de droit international et de législation comparée*, 1887, p. 97-101. A propos des opinions religieuses de Grotius, M. do Amaral, *op cit.*, p. 165, n. 1, reproduit cette épigramme de Ménage :

« Smyrna, Chios, Colophon, Salamin, Ios, Argo, Athenæ
Siderei certant vatis de patria Homeri,
Grotiadæ certant de religione Socinus,
Arrius, Arminius, Calvinus, Roma, Lutherus. »

du savant, nous bornant à signaler les principales pour montrer les divers domaines de son activité intellectuelle. A côté de ses ouvrages destinés à la publication il conviendrait de mentionner aussi sa correspondance ; souvent nous avons eu à recourir à ses lettres qui, écrites en un style bref et concis, fourmillent de renseignements plus utiles peut-être à l'historien qu'au juriste, mais où celui-ci trouvera cependant quelques indications précieuses.

Nous ne donnerons pas ici la bibliographie des œuvres de Grotius, pas même de celles que nous allons étudier. C'est là un travail qui, pour le *De jure belli* et pour le *Mare liberum*, a déjà été entrepris par Ompteda (1) et complété par Kamptz (2). Depuis lors cette tâche a été reprise et menée à bien avec la plus grande habileté par M. Rogge dans sa *Bibliotheca Grotiana*, parue en 1883. C'est un catalogue très soigné des diverses éditions ou traductions de toutes les œuvres de Grotius. Il signale 54 éditions ou traductions du *De Jure belli* (3) et en indique 28 pour le *Mare liberum*. Toutefois nous avons trouvé une lacune dans ce travail, d'ailleurs si remarquable. M. Rogge ne signale point la traduction française du *Mare liberum* par Guichon de Grandpont qui parut dans les *Annales maritimes et coloniales* en 1845, et fut, la même année, l'objet d'une publication séparée. L'ouvrage de M. Rogge est autre chose qu'un auxiliaire précieux pour les recherches :

(1) Ompteda, *Litteratur des Völkerrechts*, 1785, p. 392-407 ; il déclare d'ailleurs qu'il est presque impossible de dresser un catalogue complet des éditions du *De Jure belli*.

(2) Kamptz, *Neue Litteratur des Völkerrechts*, Berlin, 1817, p. 45-46. Ces deux ouvrages donnent aussi la liste des travaux sur Grotius et des commentaires de ses écrits.

(3) Il dit, p. 12, qu'il n'a pu trouver la traduction suédoise faite par ordre de Gustave-Adolphe et à laquelle Grotius fait allusion dans une lettre à Nicolas Reigesberg du 19 déc. 1637. *Epistolæ*, 1re part., ep. 880, p. 388.

c'est, dans sa simplicité, un profond hommage à la haute valeur du savant dont nous devinerions la grande et durable influence au nombre même des rééditions, s'il était besoin de deviner ce qui a été maintes fois reconnu et affirmé.

II

ANALYSE DU « DE JURE PRÆDÆ »

Nous avons vu précédemment (1) que Grotius fut amené à composer le *De Jure prædæ* à propos de la capture d'une caraque portugaise par des navires de la Compagnie hollandaise des Indes et que son but avait été de calmer les scrupules des membres de cette société qui hésitaient à participer au bénéfice de la prise. L'ouvrage ne fut publié qu'en 1868 par Hamaker : cette édition n'a pas attiré vers elle toute l'attention qu'elle méritait. Sans doute les historiens du droit des gens MM. Rivier (2), Nys (3), Leseur (4), Walker (5) connaissent et citent le *De Jure prædæ* : mais, à côté de cela, ceux qui étudient dans leur évolution historique les doctrines sur le fondement du droit et de l'Etat nomment souvent encore le *Mare liberum*, sans faire allusion au *De Jure prædæ* (6). Il y a des lacunes

(1) Voy. *supra*, p. 131, 132.

(2) Fr. von Holtzendorff-Rivier, *Introduction au droit des gens*, 1889, p. 360.

(3) Nys, *Les origines du droit international*, Bruxelles-Paris, 1894, p. 382-383.

(4) Leseur, *Introduction à un cours de droit international public*, Paris, 1893, p. 107, n° 1.

(5) Walker, *History of the Law of Nations*, Cambridge, 1899, t. I, p. 283.

(6) Ainsi Franck, *Réformateurs et publicistes de l'Europe*, XVIIIe *siècle*. Paris, 1881, p. 257.

plus graves : le *De Jure prædæ* paraît complètement inconnu aux auteurs de certaines études consacrées spécialement à Grotius ou à son œuvre comme internationaliste : c'est la critique que nous adresserons à Neumann (1), à Ahrens (2) et à l'abbé Hély (3). M. do Amaral, qui étudie de près le *Mare liberum*, se borne à une mention très succincte du *De Jure prædæ* (4).

Au début de l'ouvrage, dans le chapitre I qui lui sert d'introduction, Grotius expose brièvement le fait concret, qui a donné lieu aux questions qu'il va examiner, fait que nous avons déjà indiqué. La discussion qui va s'engager sera complexe car la prise a été critiquée en se plaçant à des points de vue divers. Les uns, sous l'influence d'une idée religieuse, hésitent à la tenir pour légitime en droit. D'autres craignent, en y adhérant, de ternir leur réputation. Il s'en trouve enfin pour penser que ce qui est actuellement utile peut porter avec soi un dommage pour l'avenir (p. 5). Grotius étudiera ces divers points dans le cours de l'ouvrage, mais nous le verrons donner une importance prépondérante à la première question qui est une question de droit, quoi qu'en puisse faire penser l'intervention d'idées religieuses invoquées contre la légitimité de la prise. C'est qu'au début du XVIIe siècle, les questions de droit ne se résolvent point sans l'intervention des conceptions religieuses et sans invoquer les textes des Ecritures. La question de droit doit, d'après Grotius, se résoudre par les lois non écrites régissant les rapports réciproques des peuples, lois qu'on cherchera par les lumières de la raison, sauf à

(1) NEUMANN, *Hugo Grotius*, dans VIRCHOWU. FR. VON HOLTZENDORFF, *Sammlung gemeinverständlicher wissenschaftlicher Vorträge*, XIX Serie, Heft 449. Berlin, 1884, p. 5.

(2) Dans le *Staatswörterbuch* de BLUNTSCHI. Leipzig, 1873, v°. Grotius.

(3) HÉLY, *Etude sur le droit de la guerre de Grotius*. Paris, 1875.

(4) M. do AMARAL, *op. cit.*, p. 74.

confirmer les solutions ainsi obtenues par l'autorité sacrée et les avis d'hommes sages (p. 7).

Ceci posé, Grotius déclare qu'il va suivre une méthode analogue à celle des mathématiciens et consistant à poser d'abord des *règles et lois admises généralement sur lesquelles seront édifiées les solutions*. Ce procédé ne doit point surprendre dans un ouvrage où — ne l'oublions pas, car ce trait domine toute l'œuvre — il s'agissait de calmer les scrupules qui s'élevaient dans la conscience des actionnaires hollandais. Il convenait donc de présenter de la capture et des attributions de parts de prise qu'elle avait amenées une justification complète, se suffisant à elle-même, pour cela de remonter aux principes premiers du droit afin d'en déduire ensuite toutes les conséquences favorables à la thèse présentée. C'est ce que fit Grotius : après avoir rappelé, dans le chapitre II, les fondements du droit et les règles essentielles des rapports humains, il en tire, par une série de déductions, les solutions doctrinales dont il aura à faire état pour trancher le problème qu'il agite. C'est la partie dogmatique de l'œuvre qui comprend les chapitres II-X. Le chapitre XI énumère les griefs des Hollandais contre les Portugais. Les chapitres XII-XIII sont l'application du droit au fait, avec, pour conséquence, la démonstration de la légitimité de la prise faite par Hemskerk. Par là se termine l'examen de la question de droit. Les autres points de vue, celui de la bonne renommée des membres de la Compagnie hollandaise et celui de l'utilité de la prise, font l'objet des chapitres XIV et XV qui sont les derniers de l'œuvre.

Entrons dans le détail de l'ouvrage et, spécialement, de son argumentation juridique. Les principes premiers auxquels il remonte, Grotius les pose, dans le chapitre II, en une série de règles et de lois primordiales dont le développement devra justifier toutes ses solutions ultérieures. Ces règles, au nombre de neuf, énoncent les diverses sources des dispositions juridiquement obligatoires : les treize lois sont les normes les plus essentielles qui s'imposent à l'ac-

tivité humaine dans les rapports individuels ou étatiques. Les règles sont relatives les unes à l'autorité législative créatrice du droit, les autres à l'autorité juridictionnelle. Les sources de droit qu'énonce notre auteur peuvent se ramener à quatre chefs : la volonté de Dieu, créatrice du droit naturel (1) ; l'assentiment général, où apparaissent, plus que partout ailleurs, les traces de divine lumière qui sont en l'homme, et qui donne naissance au droit naturel secondaire ou droit des gens primaire (2) ; le consentement de celui qui s'oblige, individu (3) ou Etat (4), parce que Dieu a fait l'homme libre et *sui juris ;* enfin l'ordre de l'Etat ou du magistrat s'adressant aux citoyens (5). L'Etat et le magistrat ne sont pas seulement créateurs de la règle de droit applicable à tous les citoyens, ils sont encore l'autorité juridictionnelle qui applique la loi à chaque individu dans la cité (6), en vertu du consentement antérieurement donné par chacun (7). Ce pouvoir d'adapter la règle de droit aux situa-

(1) *Quod Deus se velle significavit, id jus est.* Reg. I.

(2) *Quod consensus hominum velle cunctos significaverit, id jus est.* Reg. II.

(3) *Quod se quisque velle significaverit, id in eum jus est.* Reg. III.

(4) *Quidquid omnes respublicæ significaverunt se velle, id in omnes jus est.* Reg. VIII. Cette règle est la source du droit des gens secondaire. Grotius observe que parmi les principes posés par le consentement des Etats les uns ont force de convention, les autres sont plutôt reçus par la coutume que par le droit et peuvent être révoqués par l'Etat qui les a adoptés. *De Jure prædæ*, p. 27.

(5) *Quidquid respublica se velle significavit, id in cives universos jus est.* Reg. IV. *Quod se magistratus velle significavit, id in cives universos jus est.* Reg. VI. Cette volonté de l'Etat s'adressant à tous est la source du droit civil, qui n'est pas le droit par lui-même, mais en vertu d'une autre cause. Il convient de remarquer que Grotius entend par *jus civile* le droit créé par l'Etat et comprenant le droit public et le droit privé. *De Jure prædæ*, p. 23.

(6) *Quidquid respublica se velle significavit, id inter cives singulos, jus est.* Reg. V. *Quod se magistratus velle significavit, id in cives singulos jus est.* Reg. VII. Cet ordre de l'Etat à un individu est un *judicium.*

(7) *De Jure prædæ*, p. 23, 24.

tions particulières existe, au profit de l'Etat, quelle que soit la source de la règle de droit. Mais le fondant sur le consentement de ceux auxquels s'adresse l'ordre qui contient cette adaptation, Grotius conçoit bien ce pouvoir à l'égard des citoyens de l'Etat qui formule l'ordre lui-même, mais non à l'égard d'un Etat étranger ou des sujets de celui-ci. Toutefois, dans cette hypothèse, il tranche la difficulté de la façon suivante par la règle IX (1) : l'Etat contre lequel ou contre le sujet duquel est dirigée la réclamation doit, en principe, en juger, car il peut, plus facilement que l'autre, poursuivre l'exécution de la chose jugée ; s'il ne remplit pas ce devoir, l'autorité juridictionnelle passera à l'autre Etat, car la nature veut que chacun puisse poursuivre son droit, et parce que, d'après les Décrétales, saint Thomas, Balde, Victoria, un Etat, en délinquant, se rend sujet d'un autre. Il apparaît à Grotius qu'il y a alors retour au « droit de nature où il était permis à chacun d'être juge dans sa cause (2) ».

En même temps qu'il a déterminé ces sources du droit, Grotius y a ramené les normes les plus importantes qui s'imposent à l'activité humaine. A la volonté de Dieu d'assurer l'existence des créatures par lui formées, notre auteur rattache le droit pour chacune d'elles d'écarter ce qui est nuisible et de retenir ce qui est utile (3). La volonté de Dieu et l'assentiment général commandent le respect des personnes et des biens, la punition des méfaits et la récompense pour les bienfaits (4). Ces lois vont s'appliquer non seulement dans la communauté humaine, mais dans les sociétés par-

(1) *In judicando priores sint partes ejus reipublicæ, unde cujusve a cive petitur. Quod si hujus officium cesset, tum respublica, quæ ipsa cujusve civis petit, eam rem judicet.*

(2) *De Jure prædæ*, p. 29.

(3) *Vitam tueri et declinare nocitura liceat.* L. I. — *Adjungere sib quæ ad vivendum sunt utilia eaque retinere liceat.* L. II.

(4) *Ne quis alterum lædat.* L. III. — *Ne quis occupet alteri occupata.* L. IV. — *Malefacta corrigenda.* L. V. — *Benefacta repensanda.* L. VI.

ticulières formées dans le sein de celle-ci, dans les Etats constitués pour mieux assurer la défense et le développement de chacun. Il en résultera une obligation d'aide réciproque et de respect mutuel des droits des citoyens (1).

Outre cette application particulière, au sein de l'Etat, de normes à portée plus générale, l'Etat impose certaines lois à ses membres. C'est là le droit civil. Or, parmi ces lois civiles la première est celle qui crée la nécessité du recours judiciaire pour la réalisation du droit (2), loi qui s'applique même à l'Etat, en ce sens du moins que celui-ci agira par voie judiciaire, mais qu'il sera juge en sa propre cause, car il n'a pas de supérieur. Dans les rapports internationaux, le *jus gentium* a consacré aussi cette nécessité du recours judiciaire (3), mais Grotius n'entend point qu'il s'agira d'un arbitrage si la contestation éclate entre deux Etats. Selon lui, le jugement sera toujours rendu par un Etat : nous avons vu que la règle IX détermine quel Etat sera compétent à cet égard.

Au droit civil Grotius emprunte aussi les lois qui obligent le magistrat à agir au mieux des intérêts de l'Etat et celui-ci à tenir pour valable ce qu'a fait le magistrat (4).

Entre ces dispositions des conflits peuvent s'élever. Grotius pose, pour les trancher, le principe qu'on devra donner alors la préférence à la loi la plus digne (5) et il fournit quelques indications pour la détermination de celle-ci.

Ces règles et ces lois sont en elles-mêmes assez éloignées

(1) *Ut singuli cives cæteros tum universos, tum singulos non modo non læderent, verum etiam tuerentur.* L. VII. — *Ut cives non modo alter alteri privatim aut in commune possessa non eriperent, verum etiam singuli tum quæ singulis, tum quæ universis necessariæ conferrent.* L. VIII.

(2) *Ne civis adversus civem jus suum nisi judicio exsequatur.* L. IX.

(3) *Ne respublica, neu civis in alteram rempublicam alterinsve civem jus suum nisi judicio exsequatur.* L. XII.

(4) *Ut magistratus omnia gerat e bono reipublicæ.* L. X. — *Ut quidquid magistratus gessit respublica ratum habeat.* L. XI.

(5) *Ut ubi simul observari possunt observentur ; ubi id fieri non potest, tum potior sit quæ est dignior.* L. XIII.

de la question de prise qui fait l'objet de l'ouvrage ; leur présence, avons-nous dit, ne s'explique que par le dessein de l'auteur de présenter un système complet de solutions, se suffisant à lui-même. Il va les invoquer constamment dans le cours de l'ouvrage pour fonder ses déductions et, pour l'intelligence de l'œuvre, il est nécessaire de les avoir constamment à l'esprit, car Grotius fait souvent appel à telle ou telle, en se bornant à indiquer le numéro qu'il lui a donné. Aussi convenait-il de les énoncer tout d'abord pour présenter de l'ouvrage une idée exacte.

Sur le contenu de ces règles et lois, nous ne dirons rien quant à présent. Les développements que nous aurions à présenter à cet égard trouveront place ultérieurement. En étudiant la théorie générale du droit de Grotius, nous aurons à revenir sur les règles indiquant les sources du droit. Quand, en analysant le *De jure prædæ*, nous verrons comment notre auteur fonde l'exigence d'une déclaration de guerre, nous devrons préciser ce qu'est, dans son esprit, le recours judiciaire rendu obligatoire par le droit civil et le *jus gentium*.

Sur les principes qu'il vient de poser, Grotius construit toute sa théorie dogmatique par une série de déductions logiques. Il établit d'abord, dans le chapitre III, que la guerre n'est pas illicite en soi, ni interdite aux chrétiens. Il se place, pour cela, au point de vue du droit naturel, du droit des gens et du droit civil, en présentant d'abord une argumentation basée sur les lois énoncées au chapitre précédent (p. 31-35). Puis, il a recours aux autorités divines, à l'Ecriture, mode de preuve qu'il estime être de beaucoup le plus certain (p. 35-39). Il invoque enfin des autorités humaines, exemples donnés et maximes énoncées par des hommes justes et pieux, Abraham, Moïse, David, saint Paul, saint Augustin, saint Jérôme, saint Ambroise et les rois chrétiens.

La prise est justifiée d'une manière analogue. La loi IV nous défend bien de nous emparer de la chose d'autrui,

mais elle reçoit exception en vertu des autres lois qui nous autorisent à faire le nécessaire pour défendre notre vie et nos biens, donc à enlever les instruments dirigés contre nous : armes ou richesses de l'ennemi. A la paix, la loi IV reprendra toute sa force ; elle nous imposera la restitution de ces biens, si nous n'avons une juste cause de les conserver, tirée d'un titre de propriété antérieur, d'une créance contre l'autre partie ou d'une peine que nous serions en droit de lui infliger. En dehors d'autorités analogues à celles invoquées pour justifier la légitimité de la guerre, Grotius confirme le caractère licite de la prise en citant Bartole, Balde, Victoria et Covarruvias (p. 57).

Le prise, légitime en soi, sera juste quand elle sera faite dans une guerre juste. Pour savoir si une prise est juste, il faut donc apprécier la justice de la guerre au cours de laquelle elle a été faite. Or, pour trancher cette question, on doit examiner quatre points : 1° le sujet qui fait la guerre que Grotius appelle la *causa belli efficiens* ; 2° la cause de la guerre, *materia* ; 3° la manière d'entreprendre et de conduire les hostilités, *forma belli suscipiendi gerendique* ; 4° le but visé, *finis belli* (chap. V). Les quatre chapitres suivants vont être consacrés à l'étude de ces quatre éléments du problème.

Le sujet belligérant peut être l'individu ou l'Etat. Chacun a le droit de faire la guerre privée avec le secours de ses alliés et au moyen de ses subordonnés, parce qu'il est naturel que chacun poursuive son droit et que l'homme vienne au secours de son semblable (p. 59-62).

Quant à l'Etat, sa caractéristique est d'être indépendant, de se suffire à lui-même (1) ; or, il ne suffirait pas, par lui-même, à sa propre défense, s'il n'avait pas le pouvoir de faire la guerre. Le magistrat le plus élevé va pouvoir entreprendre la guerre publique et, s'il se montre négligent,

(1) *Respublica autem intelligi debet, quæ est* αὐταρκής, *sufficiens sibi et totum aliquod per se. De Jure prædæ.* p. 62.

le magistrat du degré suivant le pourra à sa place : Grotius donne cette dernière solution, écartée par Bartole, comme admise par de nombreux auteurs et notamment par des Espagnols comme Victoria et Ayala (1). Un Etat peut aussi en aider un autre qui est en guerre. Les sujets de l'Etat seront ses instruments pour la guerre publique, sauf exception établie par une loi spéciale, comme celle des esclaves en droit romain, celle des clercs en droit canonique (p. 62-66).

Pour ce qui regarde la justice de la guerre au point de vue de sa cause, *materia*, il faut distinguer ceux qui font la guerre volontairement et leurs sujets. C'est que Grotius ne se place pas à un point de vue objectif mais subjectif, il n'examine pas la justice de la guerre en soi, mais par rapport à l'agent, et c'est là une conséquence du but poursuivi dans son ouvrage. S'agissant de celui qui fait volontairement la guerre, celle-ci, pour être juste, doit avoir une cause résultant des lois précédemment formulées. Il y a quatre causes justes de guerre : 1° la défense de soi-même ; 2° la défense et la réclamation de son bien ; 3° la poursuite de ce qui nous est dû par contrat ou autrement ; 4° les méfaits ou injures qui nous ont été infligés. Ces causes devant se rencontrer dans la personne de l'agent volontaire, la justice objective de la guerre va coïncider avec sa justice subjective. Ces causes légitiment les guerres publiques ou privées. Elles rendent la guerre juste contre les auteurs principaux, contre leurs alliés et contre leurs sujets qui leur servent d'instruments, bien que ces derniers n'agissent pas librement, parce qu'on a le droit de poursuivre la répara-

(1) Grotius prend très souvent soin, dans cet ouvrage, de citer des auteurs espagnols ; nous avons déjà mentionné de semblables citations, p. 159 et 162. Il suffit pour s'en rendre compte de jeter un coup d'œil sur les notes du *De Jure prædæ*. Ce soin s'explique par le but du livre qui était de légitimer un acte d'hostilité commis contre les Portugais, alors unis politiquement aux Espagnols.

tion d'une injustice, même inconsciente de la part de son auteur (p. 71-75) (1).

Les subordonnés, les sujets, qui servent d'instruments dans la guerre, agissent par la volonté d'autrui. Mais ils n'en sont pas moins des hommes et les hommes n'agissent que de leur volonté. Pour concilier ces deux idées, il faut dire que leur volonté sera régie par celle du supérieur, en tant que cela ne sera pas contraire à la raison. Sera contraire à la raison l'ordre de l'Etat ou d'une autorité inférieure que la raison considère comme contraire à l'ordre d'une autorité supérieure et par suite comme injuste. Aussi ne doit-on pas obéir aux ordres injustes du prince. Si la raison ne voit rien d'injuste dans une guerre, celle-ci, bien qu'elle le soit en réalité, ne le sera pas à l'égard des sujets. Il en est de même si le sujet a seulement des doutes sur la justice de la guerre, car alors on doit obéir aux autorités. Il faut, en effet, présumer que les magistrats ont exactement apprécié la justice de la guerre, comme c'est leur devoir. Toutefois, une *crassa ignorantia* n'excuserait pas les sujets (p. 75-80).

Ainsi les sujets qui font de bonne foi et sur l'ordre de leurs supérieurs une guerre injuste en soi, font une chose subjectivement juste. Cependant ils commettent une injustice vis-à-vis de l'adversaire qui en tire droit à réparation contre eux. C'est qu'une chose peut être à la fois juste et injuste suivant le point de vue envisagé (p. 80-82).

Les principes ainsi posés permettent de résoudre par une distinction la question de savoir si la guerre peut être juste de part et d'autre. Elle ne peut l'être pour ceux qui agissent volontairement, puisqu'à leur égard il n'y a, au fond, à parler que de justice objective de la guerre, la-

(1) Grotius résume ainsi sa pensée, p. 75 : *Justum est bellum his, qui voluntarie gerunt, in singulos et in rempublicam, qui quæve cujusve magistratus injuriam fecerunt et in rempublicam quæ civem injuriæ auctorem tuetur inque eorum omnium, qui injuriam faciunt, qua tales sunt, socios et subditos.*

quelle ne peut se trouver des deux côtés à la fois. Au contraire, à l'égard des sujets qui obéissent à un ordre, comme la justice de la guerre s'apprécie pour eux subjectivement, par le rapport entre cet ordre et leur raison, la guerre pourra être juste de part et d'autre (p. 82-84).

Grotius, ayant montré qui peut faire la guerre et en vertu de quelle cause, se demande ensuite comment les hostilités doivent être entreprises et conduites. C'est la question de la déclaration de guerre qu'il résout uniquement par déduction des principes posés précédemment et sans envisager, au point de vue des faits, les avantages ou inconvénients qui peuvent résulter de l'accomplissement de cette formalité. L'idée qui le guide, c'est son principe que, d'après le droit civil et d'après le droit des gens, on ne doit poursuivre son droit que par le moyen d'un jugement. La conséquence rigoureuse serait l'impossibilité de toute guerre privée, car les jugements sont rendus par l'Etat et, celui-ci intervenant, la guerre cesserait d'être privée. Tout en reconnaissant ce point, Grotius ajoute que la guerre privée sera possible quand le recours judiciaire sera insuffisant ou ne pourra se produire ; il en sera ainsi en cas de défaut de juge soit momentané, si la sauvegarde de notre droit ne peut souffrir de retard (par exemple défense de notre vie), soit quasi perpétuel, s'il n'y a pas d'autorité publique établie et respectée (p. 81-88). Il se trouve ainsi que la guerre privée n'est licite que dans les cas où une déclaration préalable à l'exécution forcée n'est pas nécessaire (1).

Pour la guerre publique — et cette hypothèse présente plus d'intérêt — Grotius n'arrive qu'en partie à la même solution. La guerre publique pourra être entreprise sans jugement quand les choses ne souffriront pas de retard. Au cas contraire, et ce sera la règle, l'Etat devra recourir

(1) Grotius examine ici la question de savoir si la guerre privée peut être faite en vue de punir un délit et la résout par l'affirmative, en invoquant qu'avant la création de l'Etat le droit de punir appartenait aux individus, (p. 88-95).

d'abord à un jugement par application de la loi XII (p. 95-101). Mais il faut bien comprendre ce qu'est ce *judicium* ainsi exigé. Il ne s'agit point là d'une sentence rendue par une autorité supérieure qui n'existe pas ni même par un arbitre, mais bien d'une déclaration de guerre, par l'Etat intéressé. Ce *judicium* n'est pas ce que nous entendons par le terme « jugement » : ce n'est pas la solution impartiale d'un litige qui s'impose aux parties. Lorsque Grotius, dans son chap. II. a parlé d'un *judicium* considéré comme nécessaire pour la réalisation des droits des individus et des Etats entre eux et requis par la loi civile et par la loi internationale, il a donné à ce terme deux sens différents. Parfois, il a vu dans le *judicium* ce que nous entendons aujourd'hui par jugement, la décision d'un litige par un tiers, imposée aux parties ou acceptée par elles. C'est sa conception lorsqu'il parle des individus qui ont promis de soumettre leurs litiges à l'Etat (p. 24, 25). Mais il oppose aussi le *judicium* à la loi, comme l'acte particulier à l'acte général : il voit alors dans le *judicium* l'adaptation de la loi à un cas particulier. Cette notion est bien différente de la première et elle est seule acceptable pour l'action de l'Etat dans les rapports internationaux. En effet, on ne peut soutenir qu'un Etat rende une véritable sentence judiciaire quand il affirme son droit vis-à-vis d'un autre, car ce serait établir arbitrairement un droit de supériorité de l'un sur l'autre. La vérité est qu'un Etat affirmant ainsi son droit, rend un *judicium* au second sens, mais non au premier : c'est ce qui se produira quand un Etat indiquera les satisfactions qu'il exige sous menace de guerre. Mais, dans l'esprit de Grotius, les deux idées paraissent se confondre dans une certaine mesure, car c'est par un rappel à la règle de droit civil établissant la nécessité des jugements proprement dits qu'il justifie l'exigence du recours judiciaire pour la réalisation des droits internationaux (p. 27). Quoi qu'il en soit, il y a là une curieuse tentative de fonder la nécessité d'une déclaration de guerre sur une analogie avec

la règle du recours judiciaire dans les rapports de droit interne, tentative plus curieuse qu'utile d'ailleurs, puisque l'analogie ne repose en réalité que sur une confusion des deux sens donnés au mot *judicium*.

La guerre étant ainsi engagée comment sera-t-elle conduite? Dominé toujours par l'idée de déterminer ce qui est permis à l'individu, Grotius distingue le belligérant volontaire et les sujets. Pour le premier, le principe est qu'il ne doit commettre d'actes hostiles que dans la mesure nécessaire pour la poursuite de son droit (p. 101-103). Dans cette limite, le belligérant pourra agir contre tous ceux qui lui sont obligés, contre l'adversaire principal et contre ses auxiliaires, contre l'Etat à raison des faits de ses magistrats ou des délits de ses sujets qu'il n'aura pas réprimés, contre les sujets à raison des faits de l'Etat (1) et cela sans qu'une protection spéciale vienne couvrir les prêtres et moines comme le voulait le Concile de Latran tombé en désuétude, ni les marchands et laboureurs. Les biens des sujets ennemis qui ne résistent point pourront leur être enlevés, mais les personnes seront respectées. Pour ce qui est des étrangers résidant chez l'ennemi ou commerçant avec lui, ils ne sont obligés que dans la mesure où ils l'ont aidé, directetement ou indirectement, à soutenir la guerre (p. 113-115).

Une autre obligation s'impose au belligérant volontaire : c'est d'éviter toute perfidie, de tenir les promesses, expresses ou tacites, faites à l'ennemi (p. 115-117). Grotius tombe dans un défaut de méthode en énonçant ici cette règle, car elle n'est point spéciale au belligérant volontaire, mais s'applique à tous ceux qui participent aux hostilités ;

(1) Grotius invoque que les citoyens, tirant des avantages du lien qui les rattache à l'Etat, doivent en supporter les inconvénients. Il fait valoir que l'Etat a été institué par eux. Cela, dit-il, justifie les représailles. Il y joint cette raison pratique que des créanciers ne peuvent aisément exercer des poursuites à l'étranger, tandis qu'il est plus facile, entre concitoyens, que la victime des représailles réclame à l'auteur de la faute initiale. *De Jure prædæ*, p. 107.

il aurait convenu de lui donner une portée plus générale.

Pour ce qui est des sujets, ils se différencient du belligérant volontaire en ce qu'ils n'ont le droit de commettre d'hostilités qu'en vertu d'un ordre supérieur et dans la limite de cet ordre (p. 117-118). L'ordre du souverain non contraire à la raison va constituer l'élément justificatif de la conduite du sujet. Par suite, la prise va pouvoir être juste de part et d'autre (p. 118-119). Cette justice purement subjective ne saurait entraîner l'acquisition de propriété si le droit des gens secondaire n'était venu y attacher cet effet (1). Pour cette acquisition — qui n'a lieu que dans les guerres étrangères — il faut une possession sûre, que la chose ait été conduite *intra præsidia finesque hostium* ; l'idée de s'en tenir à une détention de 24 heures paraît moins judicieuse à Grotius, sauf pour les navires (p. 119-122).

Après le sujet, la cause et la manière d'agir, le quatrième élément de la justice de la guerre est le but visé, dont il est traité dans le chapitre IX. La distinction entre le belligérant volontaire et les sujets est encore à la base des solutions présentées par Grotius sur ce point. Pour le premier, le but de la guerre doit être une paix qui assure la réalisation du droit de chacun (p. 122-126). Quant aux seconds, il suffit qu'ils se conforment à l'ordre de leur supérieur et, dans le for extérieur, cela les met à l'abri de l'obligation de restitution, sauf au cas d'injustice évidente ; mais, pour le repos de leur conscience, l'obéissance au souverain doit être leur seul mobile, à l'exclusion du désir du gain (p. 126-127).

Les conditions de légitimité de la prise étant ainsi déterminées, Grotius se demande, dans le chapitre X, au profit de qui se réalisera l'acquisition. Tout d'abord, et à juste

(1) Pour prouver ce consentement, Grotius invoque qu'en faisant la paix on convient de ce qui sera restitué, qu'une chose *extra postliminium* étant reprise ne retourne pas à son ancien propriétaire. Le *jus postliminii* lui-même serait inutile si la propriété était retenue.

titre, il pose très nettement le principe que toute société ne cesse pas entre ennemis, que, par suite, l'un d'eux ne peut considérer comme vacants les biens de l'autre et les attribuer au premier occupant. Ces biens ne pourront être acquis qu'en vertu d'une créance (p. 128-129). En conséquence, dans la guerre soit privée (1), soit publique, c'est l'auteur principal qui pourra acquérir les biens de l'ennemi envers lequel il a seul une créance. D'ailleurs, il aura la faculté d'attribuer la prise à qui il lui plaira, avant ou après la capture.

Dans la guerre publique, il se trouve justement que l'Etat est obligé envers ses sujets et ses auxiliaires à raison des services rendus et des dommages subis par eux dans la guerre. La consécration du *jus postliminii* est un moyen d'indemniser certains d'entre eux. D'une manière plus générale, l'Etat peut assigner par avance, à ses sujets et auxiliaires, une part dans les prises qu'ils feront. Il y a ici acquisition non pas directe, mais *brevi manu*. La mesure dans laquelle cette acquisition se produira varie d'ailleurs suivant les législations et Grotius nous cite à cet égard diverses solutions admises en Espagne, en Italie, en France et en Hollande. Il mentionne notamment que, d'après les lois de ces deux derniers pays, l'Etat attribue une part dans les prises à celui qui fait la guerre à ses frais (p. 160-162). L'Etat trouve dans ces combinaisons le triple avantage de ne rien dépenser, d'appauvrir l'ennemi et d'accroître l'ardeur du soldat.

La partie dogmatique de l'ouvrage est ainsi terminée. Dans le chapitre XI Grotius expose, en avocat plutôt qu'en historien, les faits qui ont amené la capture de la caraque portugaise et la justifient à ses yeux. Ce n'est qu'un long réquisitoire contre les Espagnols et surtout contre les Portugais, un tableau poussé au noir de leurs cruautés

(1) Dans la guerre privée, cette acquisition par voie de prise n'est possible qu'en cas de défaut continu de juge. *De Jure prædæ*, p. 133.

et de leurs perfidies, en même temps qu'un éloge des Hollandais. Grotius rappelle d'abord comment la guerre éclata entre les Pays-Bas et les Espagnols parce que le duc d'Albe et Philippe II avaient violé les anciennes lois belges. La guerre s'est continuée après la déchéance de Philippe II prononcée aux Pays-Bas et après sa mort. Les Portugais s'y sont trouvés compris tant comme sujets du roi d'Espagne que par l'appui à lui fourni par leurs subsides et leur flotte. Néanmoins, les Bataves n'ont pas empêché le commerce entre eux et les Portugais, tandis que souvent des navires hollandais, attirés dans les ports de la péninsule par une trompeuse et passagère tranquillité, y ont été capturés. Partout les Bataves ont été exposés aux mauvais traitements des Portugais qui ont prétendu leur fermer le commerce des Indes, ont répandu sur eux les pires calomnies, leur ont suscité des ennemis parmi les indigènes et enfin les ont attaqués. Les Portugais ont aussi, en Orient, fait la guerre aux amis des Bataves. Ce sont là de justes causes de guerre des Hollandais contre les Portugais. C'est seulement après tant d'attentats dont les Bataves furent victimes qu'une caraque fut, le 16 mars 1602, prise par les Zélandais vers Sainte-Hélène (p. 203). Un peu plus tard, Hemskerk effectua sa capture dont la légitimité ne doit pas paraître douteuse.

Cette légitimité et en outre la régularité de l'attribution aux sociétaires du bénéfice provenant de cette prise, Grotius va les démontrer en supposant, dans le chapitre XII, qu'il s'agissait d'une guerre privée, dans le chapitre XIII, que la guerre était publique. C'est un trait caractéristique de cette partie de l'ouvrage que l'auteur cherche à y établir sa thèse plusieurs fois et en se plaçant successivement à des points de vue opposés. Tout d'abord, comme la nature ne refuse à personne le pouvoir de faire la guerre privée, on ne peut prétendre que la Compagnie des Indes en ait été exclue (p. 205). Dès lors il faut voir quelles étaient les causes de guerre de celle-ci.

Ces causes venaient de la prétention des Portugais de lui interdire le commerce et la navigation dans les mers des Indes orientales. Grotius va s'attacher à réfuter cette prétention et c'est cette partie de son ouvrage qui devint le *Mare liberum* (1). Il commence par poser comme principe du droit des gens primaire, cette règle que la navigation et le commerce sont libres de peuple à peuple. Telle est la volonté de Dieu que la nature nous fait apparaître en ne dotant pas chaque nation de tout ce qui lui est nécessaire, en donnant à chacune d'exceller dans tels ou tels arts. L'océan navigable en tous sens qui entoure les terres, le souffle changeant des vents sont encore des marques de cette volonté. Par suite, les Portugais, fussent-ils les maîtres du pays, commettraient une injustice en fermant l'accès des Indes aux Hollandais (chap. I, p. 205-207) (2). Mais les Portugais n'ont aucun droit de propriété sur les régions où abordent les Hollandais (3), car il ne les ont jamais possédées par eux-mêmes ou par autrui. Ces régions ont leurs princes auxquels les Portugais ont demandé l'autorisation de commercer. Ils ne peuvent invoquer le *jus inventionis*, car, pour acquérir par celui-ci, il faut, s'agissant d'immeubles et conformément aux lois romaines, qu'ils soient entourés de bornes et gardés : les Portugais n'ont point là-bas de garnison. Bien plus, avant les Portugais, ces régions étaient

(1) Rappelons que le *Mare liberum* fut publié pour défendre la liberté des mers contre les Espagnols. Cet ouvrage est précédé d'une préface adressée aux princes et aux peuples libres du monde chrétien dans laquelle il est dit que les rapports internationaux sont soumis à des règles gravées par Dieu dans l'âme de chacun. L'auteur en appelle aux princes et peuples pour juger, d'après ces lois, du différend qui s'agite entre Espagnols et Hollandais.

(2) Pour la partie du *De Jure prædæ* qui a formé le *Mare liberum*, nous renvoyons aux chapitres de celui-ci et aux pages de celui-là.

(3) *Non esse autem Lusitanos earum partium dominos, ad quas Batavi accedunt. De Jure prædæ*, p. 207.

connues des Romains, des Perses, des Arabes et des Vénitiens. Enfin le droit des Indiens sur elles empêchait qu'on ne pût se les approprier *inventionis jure*, l'idolâtrie des Indiens ne mettant pas obstacle à leur qualité de propriétaires, au dire de Victoria, saint Thomas et Vasquez (chap. II, p. 207-210). Les Portugais ne seraient pas fondés à se dire propriétaires de ces régions en vertu de la bulle d'Alexandre VI. En effet, si celui-ci a voulu seulement terminer le différend entre Portugais et Espagnols, sa décision ne concerne pas les autres peuples (1) ; s'il a entendu faire à ces deux peuples donation des deux tiers du monde, Grotius invoque les Institutes pour dire que la propriété n'est pas acquise par la donation, mais par la tradition. En outre, cette donation est sans valeur comme portant sur la chose d'autrui, car d'après Vasquez, Victoria, Covarruvias, le Pape n'est pas seigneur du monde entier (chap. III, p. 210, 211). Les Portugais n'ont point non plus acquis cette propriété par guerre, car ce titre suppose qu'il y a eu guerre fondée sur une juste cause. Or, en fait, il n'y a pas eu guerre. De plus, quels prétextes les Portugais auraient-ils pu invoquer pour faire la guerre aux habitants de ces régions? Le refus de commerce? Mais la liberté du commerce leur a été reconnue. La méconnaissance de la vraie religion? Mais, d'après le concile de Tolède, saint Grégoire, saint Thomas, Bartole, Covarruvias, Ayala, les dominicains espagnols, ce n'est point là une juste cause de guerre. Enfin les Portugais se-

(1) On objecta à Grotius que la bulle d'Alexandre VI, écartant le roi d'Espagne des Indes orientales, devait en écarter aussi les Bataves qui avaient été ses sujets, que cette bulle n'était pas, à leur égard, *res inter alios acta*. Grotius, dans une lettre à son frère du 1er avril 1617, répond que le roi d'Espagne n'était pas prince absolu à l'égard des Bataves, qu'il était constitué pour garder et non pour aliéner les droits de ceux-ci et que le cumul sur la même tête de la qualité de roi d'Espagne et de prince des Bataves n'amenait pas la confusion des deux peuples. *Epistolæ*, 1re part., ep. 15, p. 758. VAILLANT, *Disputatio exhibens interpretationem locorum quorumdam juris in H. Grotii epistolis*. Amsterdam, 1834, p. 33-35.

raient mal venus à invoquer ce prétexte, eux qui, partout où ils ont pénétré, n'ont donné aucun soin à la religion (chap. IV, p. 211-214).

Les Portugais ne peuvent non plus invoquer un droit exclusif qu'ils auraient sur la mer. En effet, les choses, à l'origine, étaient communes ; certaines d'entres elles furent appropriées par occupation parce qu'il était dans leur nature de ne pouvoir servir à tous. Mais les choses qui ne peuvent être occupées ne peuvent devenir propriété privée et celles qui sont susceptibles de servir à l'usage de tous doivent rester perpétuellement communes : il en est ainsi pour la mer (1). Grotius invoque l'opinion des jurisconsultes romains prononçant sur les droits des particuliers, car, dit-il, à l'égard des territoires des peuples les raisons de décider sont les mêmes, les peuples étant considérés comme de simples particuliers vis-à-vis de l'humanité entière (p. 225). Les Portugais ne peuvent invoquer la priorité de navigation qui

(1) Grotius insiste sur ces idées dans la *Maris liberi defensio adversus Welwodum*, rapportée en appendice dans MULLER, *Mare Clausum*, p. 331-361, et qui est justement la défense du chap. V du *Mare liberum*. Le *dominium* s'acquiert par la possession naturelle ; or, il est impossible de posséder la mer en tout ou en partie. On ne peut posséder que ce qui est corporellement fini : un liquide ne sera possédé que si l'on possède ce qui le limite. Or, la mer n'est limitée que par l'air. Sans doute, l'esprit humain peut, à l'aide d'instruments, diviser les mers par des limites fictives. Cela peut servir, pour établir des obligations personnelles naissant de contrats, non pour la propriété qui ne s'établit que par la possession exigeant à la fois le *corpus* et l'*animus* (p. 348-351). En outre, la cause qui a donné naissance à la propriété n'existe pas pour la mer ; car, d'une part, en se servant de celle-ci, on ne la corrompt pas et, d'autre part, il n'y a pas besoin de culture pour qu'elle produise des fruits (p. 353). Auparavant Grotius s'était attaché à démontrer contre son adversaire que les auteurs les plus illustres et en particulier les jurisconsultes romains voyaient en la mer une chose commune à tous les peuples ; leur opinion aurait suffi, à ses yeux, pour légitimer sa thèse (p. 336-347). — Dans cet opuscule, c'est surtout la liberté de la pêche que Grotius cherche à établir sur le fondement de la liberté des mers.

ne s'est pas produite en eux et serait inopérante (chap. V, p. 214-230).

La donation d'Alexandre VI n'a pu attribuer aux Portugais un droit de propriété sur la mer qui est hors du commerce. Ce serait contraire à la loi naturelle à laquelle le Pape ne peut pas déroger (chap. VI, p. 231-232). En vain les Portugais invoqueraient-ils la prescription qui, étant de droit civil, n'a pas d'effets entre peuples et qui, d'ailleurs, supposerait une possession impossible ici. Dira-t-on que leur droit est fondé sur la coutume ? Mais celle-ci est sans valeur quand elle est en opposition avec le droit de la nature et des gens (chap. VII. p. 232-242).

Grotius a ainsi démontré que les Portugais n'ont pas de droit de propriété sur les mers des Indes. Mais il a vu dans le *De Jure prædæ* et plus nettement encore dans la *Maris liberi defensio* qu'au lieu de la propriété, on pouvait songer à leur reconnaître la souveraineté (*imperium*, *jurisdictio*). Il ne lui semble pas que cette dernière prétention soit fondée. En effet, dans la *Defensio*, il conteste que la souveraineté territoriale, qu'il distingue très nettement de la souveraineté personnelle, s'applique à la mer (p. 360, 361). Dans le *De Jure prædæ* il dit que la mer ne pourrait, tout au plus, être soumise qu'à la souveraineté des peuples établis sur ses rivages et que les Portugais ne remplissent point cette condition (p. 230). Au reste, il est fort bref sur cette question de souveraineté qui ne lui paraît point déterminante, s'agissant de reconnaître à un peuple un droit d'usage exclusif. L'*imperium*, s'il existe, est limité par le droit des gens : le prince, créateur du droit civil, a la garde du droit naturel, divin et des gens. Par suite, le premier devoir du souverain des mers serait d'en assurer le libre usage à tous (*Defensio*, p. 361. *De Jure prædæ*, p, 230, 231).

Les Portugais qui ne sont propriétaires ni des territoires ni des mers des Indes, ont-ils du moins un droit exclusif au commerce ? Non, car, de droit des gens, le commerce est libre pour tous (ch. VIII, p. 242-245). En outre, les Por-

tugais n'ont pu s'approprier ce droit, parce que ce n'est point une chose corporelle susceptible d'être détenue (chap. IX, p. 245). Le Pape n'a pu leur conférer cette prérogative exclusive qui ne lui appartenait pas (chap. X, p. 245). Ils n'ont pu l'acquérir à titre de prescription ou de coutume, car faire le commerce aux Indes était, pour les diverses nations, un acte de pure faculté. Pour invoquer la prescription, les Portugais devraient se fonder sur une contrainte exercée contre les autres nations de temps immémorial, condition qui fait défaut : enfin, ce fait serait lui-même inopérant, car cette contrainte serait contraire à la loi de nature et nuisible à tout le genre humain (chap. XI, p. 246, 247). Aucun motif d'équité ne peut être invoqué à l'appui des prétentions portugaises (chap. XII, p. 247-249) (1).

Il résulte de là que les Bataves ont eu une juste cause de guerre contre les Portugais parce qu'on peut recourir aux armes contre celui qui nous empêche d'user d'une chose commune (p. 249-252).

Les Bataves ont eu d'autres griefs. Ils ont été calomniés par les Portugais : ils ont aussi des créances à raison de leurs frais de guerre et des dommages à eux causés par des actes hostiles : ils ont à poursuivre la punition des crimes commis contre eux (p. 252-258).

Ces causes justifient les actes de la Société des Indes, car celle-ci était autorisée, à raison du défaut continu de juge, à recourir aux armes (p. 260). Elle a pu, d'après les principes précédemment posés, agir tant contre l'Etat portugais que contre les sujets de celui-ci (p. 258, 259).

Les opérations de guerre ont été conformes aux règles formulées plus haut. En particulier la valeur de la caraque capturée et des marchandises prises ne dépasse pas les créances

(1) Le chapitre XIII du *Mare liberum*, qui ne reproduit que quelques lignes du *De Jure prædæ* et est presque tout entier de composition nouvelle, déclare que le droit de libre commerce aux Indes doit être conservé par les Hollandais, soit qu'ils traitent avec l'Espagne, soit qu'ils continuent la guerre.

hollandaises, mais leur est de beaucoup inférieure (p. 261). La prise n'a pas été faite dans une intention de lucre, mais en vue de la satisfaction du droit. A tous égards donc, la guerre et la prise ont été justes (p. 263-266). Par suite, et en application des principes déjà posés, la caraque et les marchandises sont acquises à la Société des Indes ou à ceux auxquels elle les a attribuées (p. 266-267).

Après avoir supposé jusqu'ici une guerre privée, Grotius ajoute qu'il lui paraît plus vraisemblable qu'il y ait eu guerre publique faite par les Etats de Hollande. Ceux-ci ont pu la faire, car la Hollande est un Etat. C'est à l'Etat qu'il appartient de faire la guerre publique : si le prince la fait, c'est comme magistrat de l'Etat. En instituant un prince, l'Etat n'en garde pas moins son pouvoir intact, à tel point qu'il peut, comme le reconnaît Victoria, changer les princes et le principat. Autrement l'Etat ne posséderait pas cette qualité, qui lui est essentielle, de se suffire à lui-même. A supposer même que les Etats de Hollande ne fussent qu'un organe subordonné, la guerre entreprise par eux n'en serait pas moins publique, car, en cas d'inaction du prince, les magistrats inférieurs peuvent faire la guerre pour punir les malfaiteurs étrangers : à plus forte raison si le prince commet lui-même envers l'Etat une injustice que les armes seules peuvent réprimer. Ces solutions sont confirmées par d'anciennes lois hollandaises (p. 268-270). Or, il s'est trouvé que les anciennes lois hollandaises ont été méconnues et les droits du peuple batave violés par le duc d'Albe et les Espagnols. Loin de les défendre comme c'était sa fonction, Philippe II a voulu collaborer à l'oppression des Belges et Hollandais. Il appartenait dès lors aux Etats, comme étant la plus haute magistrature, d'entamer la lutte contre cette injuste violence. Le prince, en se mettant en contradiction avec les devoirs de sa charge, s'en rendait indigne, et cessait d'être prince en devenant tyran, de même que le Pape, qui cependant tient son pouvoir de Dieu tandis que le prince tient le sien de l'Etat, est dé-

posé *ipso facto* s'il s'écarte de la foi (p. 271-274). Philippe II commettait une autre injustice en cherchant à recouvrer par la force un pouvoir qui lui avait été justement enlevé. Les Hollandais acquéraient par là une nouvelle cause de guerre à laquelle vinrent s'adjoindre leurs créances pour frais d'armement, dommages causés par les hostilités, crimes et actes de perfidie de leurs adversaires (p. 274). Contre les Portugais, les causes de la guerre étaient l'appui par eux fourni aux Espagnols, les dommages par eux causés aux navires hollandais dans toutes les parties du monde, et leur caractère de sujets de Philippe II et de Philippe III (p. 275-276).

La guerre n'avait pas besoin d'être déclarée par les Hollandais dans les formes précédemment indiquées parce que : 1° le duc d'Albe, Philippe II et les Portugais avaient commencé les hostilités ; 2° on ne pouvait envoyer en sûreté à l'adversaire des ambassadeurs ; 3° la défense des Bataves fut une guerre civile à l'égard des ennemis principaux jusqu'à la déposition de Philippe II (p. 276-278).

La prise de la caraque et de sa cargaison est restée bien au-dessous du montant des créances hollandaises. Ce procédé était licite, que les sujets portugais contre lesquels il était dirigé fussent innocents ou coupables. Il n'était pas contraire à la bonne foi. A tous égards donc, cette guerre publique et la prise ont été justes et, par la concession de l'Etat, les choses capturées ont pu devenir la propriété de la Compagnie des Indes (p. 278-280).

S'il est vrai que cette guerre était juste à l'égard de l'Etat, cela l'est encore plus à l'égard des sujets, dont fait partie la Société des Indes. Il a dû suffire, en effet, que celle-ci n'estimât pas injuste la guerre faite par ordre des Etats et que, dans cette opinion, il n'y eût pas d'erreur inexcusable. Or, des citoyens religieux et pieux n'ont pas cru cette guerre injuste, puisqu'ils l'ont soutenue. A l'objection tirée de ce qu'il n'y aurait aucune juste cause de révolte, Grotius répond en disant avec saint Thomas que

n'est pas une sédition la résistance à un tyran qui ordonne tout en vue de son utilité privée ; et il entend par tyran non pas seulement celui qui usurpe par force l'empire, mais aussi celui qui abuse d'un pouvoir légitime. En outre, l'Etat entier, bien qu'il puisse pécher contre le prince, ne peut cependant se trouver en révolte contre lui, car le prince est par et pour l'Etat et non l'Etat par et pour le prince. Certes, dans le doute, un bon citoyen doit obéir plutôt au prince qu'à un magistrat inférieur, mais la volonté de l'Etat, l'autorité des lois des ancêtres sont supérieures au prince. En outre, ce qui montre, dans le cas particulier, la justice de la cause hollandaise, c'est que tous les princes voisins l'ont défendue : bien plus, les adversaires eux-mêmes l'ont implicitement reconnue en finissant par suivre, à l'égard des Hollandais, les pratiques ordinaires de la guerre (p. 280-286).

Dans cette guerre juste, la Société des Indes, en capturant la caraque, n'a fait que se conformer aux ordres (1) de l'Etat hollandais (p. 287-294). A ce point de vue encore, l'acquisition de la prise se justifie pleinement.

La solution sera la même si l'on considère la Société des Indes comme ayant fourni assistance au roi de Jora, en guerre avec les Portugais pour avoir bien accueilli les Hollandais (2). Il est licite, en effet, de s'allier avec des infidèles dont la cause est juste. Il convient, en outre, de montrer aux Indiens ce que c'est qu'un chrétien, afin qu'ils ne pensent pas que tous les chrétiens sont comme les Espagnols. Leur montrer la religion sans simulacres, le commerce sans fraudes, la puissance militaire sans injus-

(1) Grotius cite en ce sens un édit d'après lequel la caraque et les marchandises étaient sujettes à capture pour ce triple motif : 1° qu'elles appartenaient à des Portugais ; 2° qu'elles venaient de Macao, colonie portugaise ; 3° qu'elles allaient à Lisbonne. *De Jure prædæ*, p. 288.

(2) Dans les *Histoires*, trad. fr. Amsterdam, 1662, l. XI, p. 511, Grotius dit que ce fut le roi de Jora qui incita Hemskerk à capturer la caraque.

tices sera les préparer à la connaissance de Dieu. Ainsi, de toutes les façons, se démontre que la Compagnie des Indes est propriétaire de la prise (p. 298-299).

Mais est-il honorable de profiter du bénéfice de la capture? C'est là l'objet du chapitre XIV. Grotius dit que la conduite de la Compagnie des Indes et de ses membres est conforme à l'honneur, car il estime que ce qui est juste est honorable. En outre, les Hollandais ont montré que ce n'était point par avidité au gain qu'ils faisaient des prises. Ce qui serait déshonnête de leur part, ce serait d'abandonner la défense de leurs alliés et de laisser libre cours aux excès des Portugais. L'opinion publique a montré qu'elle considérait comme honorable la conduite des Bataves.

Reste enfin le point de vue utilitaire que Grotius envisage dans le chapitre XV. Il estime, d'une façon générale, que ce qui est juste est aussi utile. Examinant la question de plus près, il montre que la prise enrichit les citoyens et l'Etat. Son emploi est nécessaire pour assurer la navigation aux Indes qui offre un si grand intérêt pour les Hollandais. Les prises effectuées, en répandant la terreur chez les Portugais, vont les amener à assumer de lourdes charges en vue de leur défense. Au reste, il n'y a pas à craindre que les Espagnols et Portugais en tirent prétexte pour agir hostilement contre les Bataves, puisque ce sont eux qui les premiers se sont rendus coupables de tels agissements (p. 317-340).

En terminant son ouvrage, Grotius exhorte la Société des Indes et les marchands à ne pas se départir de cette institution juste, honorable et utile, à ne pas abandonner le commerce lointain ; il demande aux Etats de Hollande de protéger ce commerce ; il supplie Dieu de secourir les Bataves et d'en faire ses instruments, de réprimer la fureur de leurs dissensions intestines, d'éclairer ceux qui se trompent, de donner à tous la sagesse nécessaire pour jouir, l'âme tranquille, de la victoire (p. 340-341).

III

ANALYSE DU « DE JURE BELLI AC PACIS »

Le *De jure belli ac pacis* se compose d'une introduction ou prolégomènes et de trois livres divisés en chapitres subdivisés eux-mêmes en paragraphes. Les prolégomènes indiquent l'esprit et le but général de l'œuvre : trois idées paraissent dominer les explications qu'ils contiennent. On y trouve d'abord la reconnaissance d'un droit international, avec indication de ses sources ; l'auteur y énonce son but ; enfin il donne un aperçu de sa méthode.

En premier lieu, Grotius écarte l'opinion de Carnéade qui nie l'existence d'un droit entre les peuples. Il assigne trois sources à ce droit : la nature, la volonté libre de Dieu et le consentement (1). Ces trois points de vue apparaîtront dans ses développements ultérieurs, comme nous aurons l'occasion de le montrer. Remarquons cependant que le droit fondé sur la volonté libre de Dieu occupe une place relativement restreinte dans l'œuvre ; celle-ci traite surtout, au point de vue de la guerre, du droit naturel et du droit des gens issu du consentement des Etats. Aussi l'école qui se réclame de Grotius a-t-elle pu s'appeler l'Ecole du droit de la nature et des gens, car le *De jure belli* conserverait ses

(1) Le droit n'est point fondé sur la force : mais il a besoin de celle-ci pour produire effet extérieur (§ 19). En tout cas le respect du droit met la conscience en repos, fait obtenir l'approbation des gens de biens et procure la faveur de Dieu (§ 20).

caractères et maintiendrait presque toutes ses solutions si l'on en effaçait les développements relatifs au droit divin volontaire.

Le droit international dont il a reconnu l'existence, Grotius le conçoit comme nécessaire au maintien de la société des Etats (§ 22-23) ; ce droit conserve son caractère obligatoire même entre ennemis (§ 25-27).

Mais le droit est, en fait, trop souvent méconnu. Pour remédier à une licence effrénée qu'il déplore, Grotius se décide à écrire sur ce sujet. Sans doute, des théologiens et des jurisconsultes qu'il cite (§ 37-38) ont écrit sur le droit de la guerre ; Grotius fait même une mention spéciale d'Ayala et de Gentilis, reconnaissant qu'il a utilisé l'ouvrage de ce dernier ; mais ces travaux sont insuffisants, car beaucoup de points ont été laissés dans l'ombre et parce qu'on n'a pas bien distingué les divers aspects du droit, ni bien étudié l'histoire. Bien qu'il ait plus d'ampleur, Gentilis s'est trop souvent décidé d'après des exemples peu dignes d'être suivis ou d'après les opinions d'auteurs modernes, suspects de complaisance pour qui les consultait, sans accorder une attention suffisante aux règles invariables de la justice et de l'équité (1). Il a négligé d'étudier certaines questions importantes. Ayala n'a rien dit des causes qui rendent la guerre juste ou injuste (§ 30, 36-38). Le but de Grotius est d'éviter ces lacunes et ces défauts.

Il a cherché à l'atteindre en suivant une méthode dont il nous donne un aperçu et sur laquelle nous devrons revenir. Il s'est efforcé d'établir les règles du droit naturel sur des principes si certains que personne ne puisse les contester (§ 39) et sur des citations tirées des philosophes, historiens et poètes. Celles-ci servent aussi à établir ce qui est de droit des gens. En se référant à ces autorités, Grotius déclare ne

(1) Il est curieux de noter que Rousseau adresse la même critique à Grotius : « Sa plus constante manière de raisonner est d'établir le droit par le fait », dit-il, *Contrat social*, I. I, chap. II.

s'attacher à aucune d'une façon exclusive, n'en reconnaître aucune sans contrôle : il se défend de se soumettre à la tyrannie d'Aristote (§ 42-45). Il a tiré de l'histoire des exemples empruntés aux temps les meilleurs, c'est-à-dire les exemples des Grecs et des Romains des premières époques, et aussi les opinions des sages (§ 46). Il cite souvent les livres saints, sans les considérer cependant comme l'expression du droit naturel, certains préceptes de l'Ancien Testament n'étant fondés que sur la volonté libre de Dieu et le Nouveau Testament engageant à une plus grande perfection que celle prescrite par le droit naturel (§ 48-49). Les canons des conciles, lorsqu'ils sont justes, sont des conséquences de la loi divine ; sur le même rang seront les mœurs des anciens chrétiens ; puis viendront les décisions des docteurs du même temps (§ 51). Il y a plus de doute déjà à l'égard des scolastiques, malgré leur génie personnel parce qu'ils ont vécu dans des siècles malheureux : cependant quand ils s'accordent, ils se trompent rarement (§ 52). Grotius montre enfin qu'il a dû tirer profit des jurisconsultes soit romains, soit de l'école d'Accurse et de Bartole, soit presque contemporains de notre auteur comme Covarruvias, Vasquez, Bodin et Hotman (§ 53-55).

Le but essentiel du Livre I du *De jure belli* est de rechercher si la guerre peut être quelquefois juste ou si, au contraire, elle n'est pas toujours illicite. Cette question avait fait l'objet du chapitre III du *De jure prædæ*. Avant de passer à son examen, Grotius croit utile de fixer certains points préliminaires. Il définit la guerre « l'état de ceux qui soutiennent une contestation par la force » (*status per vim certantium*) (§ 2) ; comme dans le *De jure prædæ*, il prend donc la guerre comme un fait, sans faire intervenir l'idée de droit dans cette notion même. Ayant, en effet, à se demander si et à quelles conditions la guerre est juste, il ne pouvait placer la notion de justice dans la définition. Celle-ci est assez large pour comprendre les différentes sortes de guerre, même la guerre de particulier à particulier.

Avant d'entrer au cœur de son sujet, qui est de nous montrer dans quelle mesure l'élément justice intervient dans la guerre, Grotius croit devoir indiquer ce que c'est que le droit, les divers sens attribués à cette expression et les différentes sources de la règle de droit. Dans un premier sens le droit c'est ce qui est juste, conforme à la nature d'une société d'êtres raisonnables (§ 3). On donne aussi le nom de droit à une qualité morale en vertu de laquelle une personne peut faire certaines choses : c'est là une définition du droit subjectif ; celui-ci peut avoir une portée plus ou moins grande et des objets divers, ainsi que le montre Grotius (§ 4-8). Le droit peut aussi avoir le même sens que la loi, et désigner une règle des actions morales qui oblige à ce qui est bon et louable (§ 9). Le droit, dans ce dernier sens, se divise en droit naturel et droit volontaire. Le premier vient de la concordance des actions avec la nature raisonnable et sociable de l'homme ; il a sa valeur en lui-même (§ 10). On peut prouver qu'une règle est de droit naturel, soit *a priori*, d'après sa concordance nécessaire avec la nature raisonnable et sociable de l'homme, soit *a posteriori*, en montrant que cette règle est considérée comme de droit naturel chez les nations civilisées. Grotius paraît avoir une préférence pour le premier mode de preuve (§ 12).

Le droit volontaire comprend le droit divin et le droit humain. Le droit divin énonce des règles communes à tous les hommes et d'autres particulières au peuple hébreu (§ 15-17). Le droit humain volontaire se subdivise en trois sortes : le droit civil, émané de la puissance qui gouverne l'Etat ; le droit humain moins étendu que le civil, subordonné à l'Etat mais ne venant pas de lui, comme l'ordre du père à son fils, du maître à son esclave ; le droit humain plus étendu que le civil ou droit des gens qui tire sa force de la volonté des peuples (§ 14).

Ces préliminaires vont servir de guide à Grotius examinant si la guerre peut quelquefois être juste : c'est l'objet du chapitre II. La guerre n'est pas contraire au droit natu-

rel, car le sentiment commun à tous les animaux est celui de la conservation. La nature a donné des forces à chaque animal afin de pouvoir se défendre ; à l'homme elle a donné la main qui servira à cet usage. L'existence de l'organe légitime la fonction. D'ailleurs la sociabilité, second élément déterminant des normes de droit naturel, ne défend pas toute violence, mais seulement celle qui, attentatoire aux droits d'autrui, est contraire à la société (§ 1). Dans le *De jure prædæ*, Grotius, comme démonstration rationnelle de la légitimité de la guerre, s'était borné à invoquer l'idée que : qui veut la fin veut les moyens (p. 32). Ici il a voulu aller plus au fond des choses ; mais on ne prétendra pas qu'il ait fourni un argument sérieux en invoquant l'existence naturelle de forces physiques chez l'homme. Nous aurons d'ailleurs à revenir sur ce mode d'argumentation. Pour établir que la guerre est conforme au droit naturel, Grotius invoque aussi des autorités : l'histoire sainte (§ 2) et des auteurs profanes, Cicéron, Gaius, Florentinus (§ 3).

La guerre n'est pas contraire au droit des gens arbitraire créé par la volonté des peuples, ainsi que le montrent l'histoire et les lois et mœurs de toutes les nations. Grotius, pour le prouver, cite Hermogénien, Cornelius Nepos, Tite-Live et Florentinus. Le droit divin arbitraire imposé aux hommes par la libre volonté de Dieu ne défend pas la guerre, non plus que la peine de mort, entre lesquelles notre auteur reconnaît une étroite corrélation. Grotius réfute longuement les objections tirées de l'Evangile contre la légitimité de l'une et de l'autre. Même si l'Evangile défendait, dans une certaine mesure, de faire la guerre, ce serait plutôt un conseil qu'un précepte impératif. Les opinions des docteurs et la pratique de l'ancienne Eglise montrent d'ailleurs que la guerre et la peine de mort ne sont pas incompatibles avec le christianisme (§§ 5-10).

Ayant ainsi reconnu qu'en soi, la guerre est licite, Grotius, pour arriver à plus de précision, examine les diffé-

rentes sortes de guerre. Il en distingue trois : la guerre publique, faite, de part et d'autre, par celui qui a la souveraineté (*auctore eo qui jurisdictionem habet*), la guerre privée entre particuliers, la guerre mixte entre une personne souveraine et un particulier (chap. III, § 1). Pour ce qui est de la guerre privée, il en reconnaît la légitimité lorsque le recours judiciaire est impossible (1).

La guerre publique ne se fait que de la volonté du souverain (2). Grotius se trouve, à ce propos, amené à préciser ses notions sur la souveraineté. La puissance souveraine est celle dont les actes sont indépendants de tout autre pouvoir supérieur. Elle réside dans deux sujets : l'un commun, qui est l'Etat, l'autre propre, qui est une ou plusieurs personnes suivant les lois de chaque nation (§ 7). Grotius a très bien vu là une distinction de la plus haute importance ; deux branches du droit étudient le concept de souveraineté : le droit constitutionnel et le droit international public. Le droit constitutionnel étudie plus particulièrement, bien que non exclusivement (3), la souveraineté au point de vue de son sujet propre, recherchant qui en est investi, déterminant, par exemple, le fondement et la portée de la souveraineté du peuple. Le droit international public envisage le sujet commun de la souveraineté, l'Etat, et ne mesure pas les droits de celui-ci à sa forme politique interne. La séparation ne va pas cependant sans laisser subsister une certaine pénétration des deux points de vue et des deux

(1) Dans ce cas, en effet, l'obstacle résultant de l'établissement des tribunaux disparaît : la règle de droit naturel qui permet la guerre privée reprend tout son effet (§ 2). Même idée dans le *De Jure prædæ*, p. 86-88. Le droit divin n'a pas interdit la guerre privée (§ 3).

(2) La guerre publique sera dite solennelle quand elle se fera de part et d'autre par autorité du souverain et avec certaines formalités, non solennelle dans le cas contraire (§ 4).

(3) Dans la théorie des libertés individuelles, le droit constitutionnel étudie aussi la souveraineté de l'Etat considérée dans les limites qu'on peut lui imposer.

sciences. S'agissant de déterminer la valeur internationale d'un acte, le droit des gens devra apprécier la compétence de l'organe qui l'a fait d'après les principes du droit constitutionnel de l'Etat intéressé. Mais étant donné qu'un Etat existe, ses droits internationaux ne peuvent dépendre de son organisation politique interne : le droit des gens ne connaît ni Républiques, ni Monarchies, mais seulement des Etats (1).

Si Grotius a bien posé le principe, il ne paraît pas s'y être attaché d'une façon assez ferme. Au concept de l'Etat, sujet commun de la souveraineté, il rattache l'idée qu'un peuple devenu sujet d'un autre n'est plus un Etat (§ 7). Mais il semble ramener à l'étude du sujet propre de la souveraineté la question de savoir si la qualité souveraine appartient à un allié inférieur dans une alliance inégale — nous dirions à un Etat protégé, — à un Etat tributaire ou feudataire (§§ 21-23). Cependant il s'agit, dans ces hypothèses, de déterminer si tel groupement forme un Etat souverain ou au contraire constitue une partie d'un autre Etat : c'est une question touchant le sujet commun de la souveraineté, une question de droit international plutôt que de droit constitutionnel.

D'autre part, Grotius porte presque exclusivement son attention sur l'étude du sujet propre de la souveraineté, donc sur la question de droit constitutionnel. Ainsi, par une de ces digressions qui lui sont familières, il traite, à propos de la guerre entre Etats, d'une question qui n'est même pas

(1) C'est du moins la conception qui s'adapte à la condition moderne de la communauté internationale dont les membres sont organisés politiquement d'après des principes si divers. Cette notion n'a pas toujours été reçue et nous ne lui attribuons pas une valeur éternelle pour l'avenir. Le développement de l'idée de souveraineté nationale et du respect des droits individuels est de nature à diminuer l'importance exclusive de l'élément Etat en matière internationale : l'idée du droit à la patrie voulue et préférée en est une application qui fait des progrès sans cesse. Cpr. Michoud et de Lapradelle, *La question finlandaise*, dans la *Revue du droit public*, t. XV, p. 47, n. 2.

de droit international. Il écarte l'opinion d'après laquelle la souveraineté appartiendrait toujours et sans exception au peuple. En effet, dit-il, de même qu'un individu peut se rendre esclave, de même un peuple peut se soumettre complètement à une ou plusieurs personnes ; dans certaines hypothèses cette soumission sera avantageuse. Semblable acquisition du droit de commander à un peuple peut être l'effet d'une guerre juste (§ 8). La plupart des rois jouissent du pouvoir souverain à titre d'usufruit ; mais quelques-uns en sont investis en pleine propriété, par concession du peuple ou par droit de conquête ; objecte-t-on à cela que les personnes libres n'entrent point dans le commerce ? Grotius répond qu'autre chose est la liberté d'un particulier, autre chose la liberté de la nation dont il fait partie (1) (§ 12).

Le souverain peut, sans perdre son caractère, prendre, lors de son installation, certains engagements relatifs au gouvernement (§ 16). La souveraineté peut aussi être divisée soit en parties subjectives, c'est-à-dire entre plusieurs personnes par indivis, soit en parties potentielles, c'est-à-dire en plusieurs parties dont chacune est attribuée à une personne différente (§ 17).

La digression de Grotius dans le domaine du droit interne se continue encore dans le chapitre IV où il traite de la guerre du sujet contre le souverain. Mais là, du moins, il reste dans le domaine du droit de la guerre, puisqu'il parle maintenant de la guerre mixte, troisième type de la classification qu'il a présentée.

Ici Grotius examine le problème de la légitimité de la résistance à l'oppression qui devait être si énergiquement ré-

(1) A l'appui de son opinion, il invoque des exemples tirés de l'histoire ancienne, l'existence de seigneuries non souveraines possédées à titre patrimonial comme les marquisats et les comtés, enfin une différence dans l'organisation de la régence suivant les Etats : dans les royaumes non patrimoniaux, les régents seraient désignés par la loi ou le peuple, dans les royaumes patrimoniaux, ils le seraient par le père du souverain mineur ou par ses parents (§§ 14, 15).

solu par l'affirmative à la fin du XVIIIe siècle par ces disciples de l'école du droit de la nature et des gens, les rédacteurs des Déclarations de droits américaines et françaises. C'est une des questions théoriques les plus délicates de la science politique que celle qui naît de l'opposition poussée à l'extrême de l'action individuelle et de l'action de l'Etat. Dans une théorie à base individualiste comme celle de Grotius, il semble qu'on doive reconnaître aux sujets un droit à la résistance. Mais, à l'admettre, on peut craindre d'introduire un élément dissolvant dans l'Etat, organisme nécessaire aux individus. D'où une tendance à maintenir toujours le devoir d'obéissance des sujets, tendance que devait accueillir favorablement la Cour de France dont Grotius était le pensionnaire. Il semble que le jurisconsulte hollandais dut étudier avec soin cette question à laquelle il avait touché dans le *De jure prædæ* et à laquelle les souvenirs de sa patrie devaient donner pour lui un intérêt particulier. Toutefois, dans ses deux ouvrages, il ne la pose pas dans les mêmes termes. Dans le *De jure prædæ* (p. 271 et s.) il examine la légitimité de la guerre des Pays-Bas contre Philippe II : il dit que les Pays-Bas formaient un Etat distinct de l'Espagne et que cet Etat avait légitimement résisté à son prince oublieux de ses devoirs. Le prince en abusant de son pouvoir perdait sa qualité : l'ensemble du peuple, en lui résistant, faisait acte d'Etat et usait de son droit de guerre ; il serait contradictoire de dire que ce peuple tout entier pût être rebelle, puisque c'était lui qui avait institué le prince, puisque c'était lui qui, par ses magistrats, devait reprendre l'exercice de la souveraineté à la suite de la déchéance du prince résultant directement de la conduite de celui-ci. Dans le chapitre IV du *De jure belli*, ce n'est pas pour le conflit entre le corps du peuple et le prince, mais bien plutôt pour celui entre l'individu et l'Etat que Grotius prohibe la résistance aux puissances établies. Aussi peut-on regarder comme mal fondée la critique qu'on lui a adressée d'avoir trop sacrifié à sa gratitude envers la

Cour de France et d'avoir oublié comment sa patrie avait acquis la liberté (1). En réalité, la doctrine du *De jure belli* ne condamne point la conduite des Hollandais luttant contre le despotisme espagnol.

Un premier point est que, si la puissance civile nous donne un ordre contraire au droit naturel ou aux commandements de Dieu, nous devons refuser d'exécuter cet ordre. Si l'on nous punit pour ce refus, nous devons souffrir, sans opposer la force à la force (§ 1). Sans doute nous souffrons là d'une injustice à laquelle nous avons naturellement le droit de résister ; mais, quand nous entrons dans une société civile, l'Etat acquiert sur nous un droit supérieur qui lui permet, en vue du repos public, d'interdire une semblable résistance. En fait, c'est ainsi que l'Etat agit (§§ 2-5). Les magistrats subalternes eux-mêmes sont tenus à cette stricte obéissance, car, au regard du souverain, ils sont des sujets comme les autres (§ 6). Toutefois, Grotius ne condamnerait pas les sujets qui ont résisté, étant réduits à la dernière extrémité ; mais dans ce cas, sous l'influence d'idées dont nous n'apercevons pas la justification scientifique, il décide qu'on doit épargner la personne du souverain (§ 8) (2).

Après avoir posé la règle qui prohibe la résistance des sujets, Grotius indique une série d'hypothèses où cette règle est hors de cause. Or, ces exceptions nous paraissent s'expliquer par cette idée générale qu'on y rencontre un divorce entre le roi et l'Etat, de telle sorte qu'on ne se trouve plus en présence d'une résistance des sujets à l'Etat, mais d'une reprise par l'Etat des attributions confiées au prince, hypothèse déjà analysée dans le *De jure prædæ*. Cette idée

(1) Cette critique est présentée par Hély, *Etude sur le droit de la guerre de Grotius*, p. 153-155. Voyez aussi Rousseau, *Contrat social*, l. II, chap. II.

(2) C'est une règle analogue à celle, d'ailleurs sans plus grande valeur, qu'on posait autrefois et d'après laquelle on devait, dans un combat, épargner la personne d'un chef d'Etat ennemi.

nous paraît dominer la solution donnée par Grotius permettant de punir un roi qui viole les lois de l'Etat, d'agir contre un prince qui abandonne le gouvernement. De même, un roi ne sera plus considéré comme tel s'il veut consommer sans droit l'aliénation de son royaume, s'il travaille à la ruine du peuple (1), si, par suite de sa félonie, son royaume tombe en commise, si, investi d'une partie seulement de la souveraineté, il empiète sur celle qu'il n'a point (§§ 8-13).

Au profit d'un usurpateur, le même principe d'obéissance n'existe plus comme envers le souverain légitime. Aussi pourra-t-on lui résister et le tuer s'il s'est emparé du gouvernement par une guerre injuste non suivie d'un traité ni d'un serment de fidélité, car alors le droit de la guerre subsiste dans son entier ; on le pourra aussi en invoquant une loi ou un ordre du souverain légitime (§§ 16-18). En dehors de ces cas, un particulier n'aura pas le droit de tuer l'usurpateur, car le souverain légitime peut préférer le *statu quo*, plutôt que de donner occasion à des troubles. Un particulier ne peut se faire juge d'une chose qui intéresse tout le peuple (§ 19). Que si la légitimité du titre du détenteur de la souveraineté est simplement douteuse, le particulier ne doit pas s'ériger en juge, mais prendre le parti du possesseur (§ 20).

Ayant ainsi exposé quelles sortes de guerres sont licites, Grotius, dans le chapitre V, classe ceux qui y prennent part en trois catégories : 1° l'auteur principal, Etat ou particulier, suivant que la guerre est publique ou privée ; 2° les aides ; 3° les instruments, qui sont les sujets ou les esclaves.

La légitimité de la guerre ayant été établie d'une façon générale, il faut déterminer dans quels cas il sera permis

(1) Comme exemple, Grotius cite le cas où le roi de plusieurs pays chercherait à détruire les habitants de l'un pour les remplacer par des émigrants venus de l'autre. Barbeyrac, en note sous le § 11, dit qu'on attribua ce dessein à Philippe II à l'égard des Pays-Bas.

de recourir à ce moyen extrême. La réponse se tirera de la cause de la guerre. Aussi Grotius est-il amené à consacrer le livre II de son ouvrage aux causes de la guerre. Les jurisconsultes modernes se bornent, en général, sur ce point, à poser le principe que la guerre ne doit être entreprise que sur le fondement d'un droit dont on veut obtenir la réalisation. Grotius, au contraire, à propos des causes de la guerre, va nous exposer la doctrine des droits tant publics que privés dont la violation peut légitimer le recours aux armes : cela explique la longueur de son livre II qui ne compte pas moins de 26 chapitres. Nous ne le suivrons pas dans le détail de ses explications qui nous conduiraient jusqu'à l'étude de théories de droit privé et de droit criminel ; nous indiquerons les principaux points auxquels il touche, en insistant seulement un peu sur sa doctrine de droit international.

Les causes de guerre sont les mêmes que les sources de procès, puisque la guerre commence lorsque les voies de la justice font défaut. La guerre va donc pouvoir se faire légitimement pour défendre ou recouvrer ce qui nous appartient et punir ceux qui ont délinqué envers nous (l. II, chap. I, § 2). Ainsi, nous prémunir contre une injure qui nous menace dans notre personne ou nos biens est une première cause de guerre. Grotius montre quelle est l'étendue de ce droit de défense personnelle et se demande si, dans certains cas, la charité chrétienne ne prescrit pas de se départir de son droit strict (§§ 4, 10, 13). Ce droit de défense n'existe qu'en face d'un péril présent (§ 5) ; par suite, Grotius, contrairement à l'opinion de Gentilis, condamne les guerres entreprises pour affaiblir un Etat dont la puissance s'accroît, de peur qu'il ne puisse nous nuire (§ 17).

Les lésions déjà subies quant à ce qui nous appartient sont une seconde cause de guerre, qu'il s'agisse d'un droit propre ou d'un droit commun auquel nous participons (chap. II, § 1). Grotius est ainsi amené à traiter des droits

communs à tous les hommes et de l'acquisition des droits particuliers. Selon lui, après la création du monde, Dieu a donné au genre humain un droit sur toutes les choses de la terre. Plus tard, les hommes, par convention expresse ou tacite, renoncèrent à cette communauté pour établir la propriété privée, quand il fut devenu nécessaire d'appliquer le travail à la terre pour subvenir aux besoins de chacun (§ 2). Mais certaines choses sont restées communes : il en est ainsi de la mer, parce qu'elle suffit à l'usage de tous les peuples (1) et parce que n'étant pas susceptible de recevoir des limites, elle ne peut être possédée (§ 3). Les hommes ont un droit commun à s'approprier individuellement les choses qui ne le sont pas encore, mais sont susceptibles de propriété privée, comme les bêtes sauvages et les poissons, sauf application des lois civiles s'imposant même aux étrangers (§§ 4 et 5). Sur les biens appropriés par l'un d'eux, les hommes conservent le droit commun de s'en servir en cas de nécessité, sauf indemnité (§§ 6-9) ; Grotius en tire le droit pour un belligérant, dans une guerre juste, de s'emparer, à titre provisoire, d'une place neutre pour empêcher l'ennemi de s'y établir et il cite, d'après Xénophon, un cas d'angarie fondé sur la même idée (§ 10). Un autre reste de l'ancienne communauté est le droit de tirer du bien d'autrui une utilité innocente ; sur celui-ci sont fondés le libre passage commercial et le libre passage de troupes faisant une guerre juste, sur un territoire étranger. Le souverain ne peut lever sur les marchandises en transit que les sommes équivalentes aux dépenses nécessaires pour garantir la sécurité du transport (§§ 11-15). Sur l'idée de communauté primitive et sur le fondement d'une vocation générale de tous les hommes aux fruits de la terre, Grotius établit qu'un Etat ne peut refuser aux étrangers le droit de s'approprier les terres sans maître

(1) Grotius ajoute qu'on devrait en dire autant de l'air si l'on pouvait s'en servir sans s'appuyer sur la surface de la terre.

ressortissant à sa souveraineté (§ 17) et que les hommes ont le droit de prétendre qu'on leur vende à un prix raisonnable les choses nécessaires à la vie (§ 19).

A côté de ces droits communs, l'homme a aussi des droits particuliers dont Grotius détermine les modes d'acquisition. Tout d'abord, il parle, dans le chapitre III, de l'acquisition par voie d'occupation de ce qui n'appartient à personne, qui s'applique soit à la propriété, soit à la juridiction, c'est-à-dire à la souveraineté (§ 4). Le droit naturel ne fait pas obstacle à ce qu'un particulier devienne propriétaire par occupation d'une portion de mer enserrée dans son fonds : la même solution doit être donnée pour un Etat, sauf règle contraire du droit des gens (§§ 8-11). Dans ce cas, d'ailleurs, l'Etat ne serait point en droit de prohiber le passage innocent de navires sur la portion de mer qui est sa propriété (§ 12). Plus facilement que de la propriété, on a pu s'emparer de la souveraineté sur une partie de la mer : cela n'était point contraire au droit des gens. Cette souveraineté existe sur la portion de mer occupée par une flotte et sur celle soumise à des moyens d'action placés sur le rivage (§ 13).

On peut s'emparer d'une chose en cas d'abandon présumé de la part du propriétaire. Ce n'est pas qu'on puisse parler d'usucapion entre peuples ou entre sujets de deux rois différents, car c'est une institution de droit civil (chap. IV, § 1). Mais la volonté ne produit d'effets juridiques qu'en tant qu'elle se manifeste extérieurement, d'une manière expresse ou tacite. Le silence du propriétaire pourra faire présumer qu'il abandonne son bien et, pour établir cette présomption, on aura grand égard à la longueur du temps écoulé. Cela s'applique à la propriété et à la souveraineté ; l'intérêt de la société humaine demande qu'avec le temps la possession de celle-ci soit assurée. Peut-être même, à raison de cette dernière considération, est-il possible d'aller plus loin et de dire que, d'après le droit des gens arbitraire, une possession non interrompue rend le possesseur proprié-

taire. Par application de ces principes, un peuple peut acquérir la souveraineté par abandon tacite et prise de possession, à l'égard de son roi, d'un autre roi ou d'un autre peuple et réciproquement.

Grotius, dans le chapitre V, indique trois modes originaires d'acquérir un droit sur les personnes : la génération, le consentement et le délit. La génération est la source du pouvoir paternel (§§ 2-7). Le droit acquis sur les personnes en vertu de leur consentement vient d'une société contractée avec elles ou d'une sujétion dans laquelle elles sont entrées. La société la plus naturelle est celle du mariage dans laquelle l'homme exerce l'autorité (§§ 8-16). Il y a d'autres sociétés publiques ou privées. Les sociétés publiques sont celles qui constituent un peuple ou qui unissent plusieurs peuples. Dans ces diverses sociétés, s'agissant des intérêts sociaux, les membres doivent se soumettre à la majorité, parce qu'on doit présumer qu'ils ont voulu l'existence d'un moyen de décider les affaires ; or, il serait injuste que la minorité l'emportât ; ainsi, d'après le droit naturel, l'opinion de la majorité a le même effet que celle de l'ensemble (§ 17). L'union des individus en un corps de peuple, c'est-à-dire l'Etat, étant la plus parfaite des sociétés est celle qui a le plus grand droit sur ses membres ; aucune action de l'homme ne lui est étrangère (§ 23).

La sujétion qui fait acquérir un droit sur les personnes peut être particulière, allant de l'adrogation à l'esclavage, ou publique, ce qui se produit quand un peuple est placé sous la domination d'une ou plusieurs personnes ou d'un autre peuple (§ 31).

On acquiert un droit sur les personnes qui ont délinqué envers nous. Cela s'applique aussi aux peuples avec cette différence que leur sujétion sera perpétuelle (§ 32).

Tels sont les modes originaires d'acquisition des droits ; Grotius arrive aux modes dérivés avec le chapitre VI où il étudie l'aliénation de la souveraineté et des biens de l'Etat.

Depuis l'établissement de la propriété, il est de droit naturel que les hommes puissent transférer à d'autres leurs biens (§ 1). La souveraineté peut aussi être aliénée par celui à qui elle appartient, roi ou peuple. Mais, s'agissant d'une province, il faut, en outre, le consentement du peuple qui l'habite ou de ses représentants. En effet, en formant un Etat, on a voulu créer une société perpétuelle entre ses diverses parties constitutives qui ne peuvent pas exclure l'une d'entre elles. De même une ville, une province, n'a pas le droit de sécession ; mais ici, Grotius admet, au cas d'extrême nécessité (1), une exception fondée sur ce que la province use, dans cette hypothèse, du droit qu'elle avait avant l'établissement de la société (§§ 3-6). Au contraire, la nécessité ne valide pas l'aliénation faite par l'Etat d'une de ses provinces sans le consentement des habitants de celle-ci (§ 8). La règle posée pour l'aliénation s'applique aussi à l'inféodation (§ 9).

Grotius examine ensuite dans quelle mesure les rois peuvent aliéner ou engager les biens du domaine de l'Etat (§§ 11-13). Il ajoute que le pouvoir d'aliéner renferme celui de tester (§ 14).

L'acquisition dérivée peut se faire en vertu de la loi : Grotius ne parle ici que de la loi de nature et du droit des gens arbitraire. Les acquisitions dérivées fondées sur le droit de nature font l'objet du chapitre VIII et ce sont la compensation et la succession *ab intestat* (2).

Parmi les acquisitions dérivées fondées sur le droit des

(1) Comme exemple notre auteur cite des capitulations de villes assiégées. C'est donc que, dans son esprit, ces capitulations opéraient transfert de souveraineté. Cela est conforme à la pratique encore suivie au XVIIIe s. Voy. LAMEIRE, *Théorie et pratique de la conquête dans l'ancien droit*, Introduction, Paris, 1902, p. 12, 29, 81.

(2) Grotius donne longuement la théorie de la succession *ab intestat* au point de vue du droit privé et du droit public, étudiant notamment les règles de succession à la couronne. Pour celles-ci, il distingue avec soin les royaumes patrimoniaux des autres.

gens arbitraire se trouvent celles faites par droit de guerre pour lesquelles Grotius renvoie à des explications ultérieures. Les jurisconsultes romains font rentrer dans la catégorie du droit des gens d'autres modes d'acquisition que Grotius considère comme fondés sur le droit de nature ou sur le droit civil et dont il traite dans le chapitre VIII ; il étudie là l'acquisition des bêtes sauvages, du trésor et de l'alluvion, celle des fruits par le possesseur, la théorie de la tradition.

La propriété et la souveraineté peuvent finir sans transmission (chap. IX). Cette extinction procurera la liberté aux esclaves ou aux peuples sujets. Elle se produira quand le titulaire du droit fera défaut. Cela se réalise quand une famille investie de certains droits vient à s'éteindre ou un peuple à périr. Un peuple cesse d'exister quand tous ses membres sont détruits ou se désunissent ; il en est de même lorsque ce peuple perd les droits communs dont il jouissait en tant que peuple, soit que ses citoyens deviennent esclaves, soit que, conservant leur liberté personnelle, ils perdent leur participation à la souveraineté. Le simple changement de territoire ne produit point cet effet (§ 7), non plus qu'un changement dans le gouvernement (§ 8). Quand deux Etats viennent à se réunir en un seul, ils jouissent en commun des droits que chacun d'eux avait (§ 9). Lorsqu'un Etat vient à en former plusieurs, ceux-ci doivent se partager ce qui appartenait à l'ancien Etat ou en jouir en commun (§ 10).

Ayant ainsi exposé la théorie des droits sur les personnes ou les choses, Grotius arrive, avec le chapitre X, aux obligations imposées à autrui en faveur du titulaire de ces droits. Il y traite de l'obligation de rendre au propriétaire son bien, ainsi que le profit qu'en a retiré un possesseur de bonne foi.

Dans le chapitre XI, il parle des promesses comme source d'obligations. Il commence par reconnaître leur caractère obligatoire (§ 1), puis en examine les conditions de

validité. Le chapitre XII est consacré aux contrats, le chapitre XIII au serment, le chapitre XIV aux promesses, contrats et serments des souverains. Grotius distingue les actes du roi considéré comme roi et ceux du roi considéré comme particulier ; les lois civiles ne s'appliquent pas aux premiers. Cependant, ils seront nuls s'ils sont contraires aux lois fondamentales qui déterminent les pouvoirs du monarque (§ 2). Les lois civiles s'appliquent aux autres actes, sauf quelques restrictions que notre auteur expose (§§ 1-5) (1).

Des engagements pris par les souverains, Grotius passe aux traités publics dans le chapitre XV ; il commence par nous en donner quelques classifications sans grand intérêt. Puis il se demande — question à laquelle il a déjà touché dans le *De jure Prædæ* (2), s'il est permis de traiter et, en particulier, de s'allier avec les infidèles. Il établit que rien ne le prohibe ni dans la loi de nature, ni dans la loi de Moïse, ni dans l'Evangile. Il en conclut que ces traités doivent être jugés d'après les circonstances ; on doit prendre garde que trop de relations avec les infidèles ne mettent les esprits faibles en danger de se laisser corrompre. Il estime que, sauf en cas de nécessité, il faut s'abstenir d'une alliance avec les infidèles qui les rendrait trop puissants (§§ 8-11). Au contraire, il considère les chrétiens comme les

(1) La promesse du roi crée un droit véritable au profit du sujet ; il est vrai que celui-ci ne peut contraindre le roi à exécution, à raison de la condition respective des parties (§ 6) ; d'autre part, le roi peut, à titre de peine ou en vertu de son domaine éminent, enlever à son sujet le droit qu'il tire de cette promesse, comme tout autre droit (§§ 7 et 8). L'héritier d'un royaume patrimonial est tenu d'exécuter toutes les promesses du roi défunt. Dans un royaume non patrimonial, comme le nouveau prince tient sa couronne, non de son prédécesseur, mais du peuple, il n'est obligé que médiatement, à titre de représentant de l'Etat ; alors le souverain n'a pu obliger ses sujets que sur le fondement de raisons apparentes (§§ 10-12). Le peuple et le roi légitime ne sont pas obligés de tenir les promesses d'un usurpateur (§ 14).

(2) Voy. p. 298, 299.

membres d'un seul corps qui doivent se secourir mutuellement quand un ennemi impie attaque un Etat de la chrétienté (§ 12).

Supposant qu'un Etat, ayant conclu plusieurs alliances, se trouve, de ce chef, sollicité en même temps de fournir un secours de plusieurs côtés, Grotius décide que la préférence doit être donnée à l'allié qui fait une guerre juste. Si les deux alliés font une guerre juste, on doit secourir l'un et l'autre si c'est possible, sinon le plus ancien, à moins que l'alliance postérieure n'ait pas seulement créé une obligation entre deux Etats, mais un rapport de sujétion (§ 13).

Un traité public n'oblige une partie qu'autant que l'autre fournit les prestations qu'elle a promises (§ 15). S'il a été fait par une autorité publique, sans ordre et sans ratification du souverain, celui-ci n'est pas obligé : mais les biens du promettant et sa liberté sont engagés pour les dommages et intérêts (§ 16).

L'interprétation des promesses et conventions doit se donner d'après des règles posées au chapitre XVI. Nous n'en voulons relever que deux. C'est, d'une part, que Grotius estime qu'on ne doit pas facilement présumer l'admission tacite de la clause *rebus sic stantibus* (§ 25). C'est, d'autre part, qu'il écarte l'opinion des auteurs prétendant que les contrats des rois et des peuples doivent être expliqués, autant que possible, par le droit romain (§ 31).

Nous sommes obligés par le droit naturel à réparer le dommage que nous avons causé sans droit en enlevant à quelqu'un son bien (chap. XVII, §§ 1 et 2). Grotius traite de l'étendue de cette obligation, de la manière d'y satisfaire et indique quelles personnes sont obligées à ce titre. A ce propos, il examine la responsabilité de l'Etat pour dommages causés par ses corsaires et cite l'affaire sur laquelle il avait eu autrefois à se prononcer et que nous avons précédemment exposée (§ 20) (1).

(1) Voy. *supra*, p. 139

Les obligations dont Grotius a traité jusqu'ici naissent, selon lui, du droit de nature, sauf à être parfois modifiées par le droit des gens arbitraire. Avec le chapitre XVIII, relatif au droit des ambassades, il arrive aux obligations qui viennent uniquement du droit des gens arbitraire (§ 1). Les privilèges des ambassadeurs n'appartiennent qu'à ceux qui sont envoyés de souverain à souverain. Les rois vaincus dans une guerre en forme et dépouillés de leur royaume perdent le droit d'ambassade. Dans les guerres civiles, cependant, la nécessité oblige quelquefois à recevoir des ambassadeurs qui ne sont point envoyés par une puissance étrangère (§ 2). On ne doit pas refuser sans motif de recevoir une ambassade ; mais un Etat peut ne pas accueillir les ambassades permanentes, car celles-ci ne sont pas nécessaires (§ 3). Grotius expose que les auteurs sont divisés sur la portée de la sûreté à accorder aux ambassadeurs. Il estime que ceux-ci doivent être exempts de la juridiction criminelle du pays où ils exercent leurs fonctions, car le bien venant de la sûreté de l'ambassadeur l'emporte sur l'utilité de punir les coupables. Selon le droit des gens, l'ambassadeur est considéré comme étant hors du territoire. S'il commet un crime, on peut lui ordonner de sortir de l'Etat et demander à son maître de le punir ou de nous le livrer. Toutefois, en cas d'extrême nécessité, on pourra l'arrêter et l'emprisonner. S'il s'engage dans quelque entreprise armée, on pourra le combattre, non le punir (§ 4). Seul l'Etat auprès duquel l'ambassadeur est accrédité est tenu de lui assurer ces immunités (§ 5) ; mais il y est tenu, même si c'est l'envoyé d'un ennemi, règle qui rendra possibles, au cours d'une guerre, les négociations de paix (§ 6). Le respect dû aux ambassadeurs va si loin qu'on ne peut user de représailles contre eux (§ 7). La protection s'étend aux gens de la suite et au bagage de l'ambassadeur, mais celui-ci peut la leur retirer. Le droit des gens ne consacre point la juridiction de l'ambassadeur sur sa suite, ni le droit d'asile qui ne peuvent résulter que d'une con-

cession du souverain local (§ 8). Les meubles de l'ambassadeur ne peuvent pas être saisis (§§ 9-10).

Il semble que ce chapitre ait eu plus d'influence qu'il n'en méritait. Grotius y traite succinctement des droits des ambassadeurs ; il leur accorde une immunité de juridiction criminelle plus large que celle reconnue par nombre d'auteurs antérieurs. Il ne fait intervenir qu'incidemment, et sans peut-être y attacher une grande importance, la fiction d'exterritorialité. Or, on s'attacha à celle-ci au point d'en faire la base du droit d'asile et de la franchise de l'hôtel et de quartier que Grotius ne consacre pas (1).

Après avoir reconnu comme de droit des gens arbitraire le droit à la sépulture (chap. XIX), Grotius se trouve avoir examiné les divers droits que l'on peut avoir et dont la méconnaissance appelle une réparation qui peut être obtenue par la guerre. Mais, comme il l'a dit (l. II, chap. I, § 2), on peut faire la guerre non seulement pour défendre ou recouvrer notre bien, mais encore pour punir ceux qui ont délinqué envers nous. Ce dernier point fait l'objet du chapitre XX qui traite des peines. La peine est un mal que l'on fait subir à quelqu'un à raison du délit par lui commis (§ 1). Les peines ne peuvent être infligées d'homme à homme qu'en vue d'une certaine utilité qui est le bien du coupable, de la victime ou de la société (§§ 4 et 6). Pour éviter les excès de la vengeance individuelle, on a confié aux juges seuls le pouvoir de punir ; la liberté primitive de se faire justice à soi-même subsiste dans les lieux où il n'y a pas de tribunaux (§ 8). S'agissant des souverains, Grotius estime qu'ils ont, envers qui que ce soit, le droit de punir les violations du droit de la nature ou du droit des gens même dirigées contre d'autres qu'eux-mêmes ou leurs sujets. En conséquence, ils peuvent, contrairement au senti-

(1) Cpr. Nys, *Les commencements de la diplomatie et le droit d'ambassade jusqu'à Grotius*, dans la *Revue de droit international et de législation comparée*, 1884, p. 188, 189.

ment de Victoria, Vasquez et Molina, faire la guerre pour ce motif. Notre auteur reconnaît toutefois que les guerres entreprises uniquement pour punir sont suspectes d'injustice, s'il ne s'agit pas de crimes très atroces et de la dernière évidence (§§ 40-43). Grotius recherche ensuite si l'on peut punir quelqu'un pour cause de religion. On peut, pense-t-il, punir ceux qui nient l'existence d'un Dieu prenant soin des affaires humaines (§ 46). Il en décide autrement pour ceux qui contestent d'autres points moins essentiels en matière de religion (§ 47) et pour les hérétiques (§ 50) ; il condamne les guerres entreprises pour faire embrasser la religion chrétienne à ceux qui ne veulent pas la recevoir (§ 48). Au contraire, on a le droit de faire la guerre à ceux qui maltraitent les chrétiens comme tels (§ 49).

Les peines sont susceptibles de se communiquer dans une certaine mesure d'une personne à l'autre ; c'est ce qui fait l'objet du chapitre XXI. L'Etat se rend coupable s'il donne retraite à un coupable (§ 3) ; il doit donc livrer celui-ci à l'Etat lésé qui le réclame pour le punir ; toutefois, il peut protéger les réfugiés jusqu'à ce qu'il sache s'ils sont coupables (§§ 4 et 6). Grotius nous rapporte que, d'après l'usage de la plus grande partie de l'Europe, on ne réclamait les accusés fugitifs qu'en matière de crimes d'Etat ou de crimes très graves (§ 5).

Les citoyens sont directement punissables pour les crimes de l'Etat lorsqu'ils y ont consenti ; mais ceux qui s'y sont opposés et ceux qui ne participent point aux décisions du souverain ne sont pas directement punissables pour les faits de celui-ci (§§ 7, 17, 18).

Les explications précédentes ont servi à déterminer implicitement les causes justes de guerre ; Grotius consacre le chapitre XXII aux causes injustes. Il y indique certaines idées qui ont parfois servi de prétexte à des guerres sans les légitimer. L'utilité n'est pas une raison justificative de la guerre. On doit respecter les droits des méchants et des impies (§§ 9 et 10). Il n'est licite, ni de vouloir recouvrer

sa liberté quand on est légitimement esclave, ni de vouloir réduire un peuple à son obéissance pour cette seule raison qu'on assurera ainsi son bonheur (§§ 11 et 12). Grotius combat l'opinion de ceux qui attribuent soit à l'Empire soit à l'Eglise le droit de commander sur les terres encore inconnues (§§ 13 et 14). Il dit enfin qu'une guerre juste en soi peut devenir vicieuse par la disposition de celui qui la fait, sans que d'ailleurs le caractère en soit modifié par rapport à l'ennemi ; c'est là un point de vue qui ne vise que le domaine de la conscience (§ 17).

Si la justice de la guerre à entreprendre paraît douteuse, il faut s'abstenir ; si l'abstention est impossible, il faut prendre le parti où il paraît y avoir moins d'injustice (chap. XXIII, § 2). Grotius conseille de pencher vers la paix plutôt que vers la guerre (§ 6), et, pour éviter la guerre, il indique trois moyens : une conférence amiable entre les parties (§ 8), un arbitrage (§ 8), la voie du sort (§ 9). A propos de l'arbitrage il émet le vœu que les puissances chrétiennes forment entre elles un corps pour terminer leurs différends et, au besoin, contraindre la partie récalcitrante. Il n'écarte pas complètement l'usage des combats singuliers, y voyant un expédient pour éviter de grandes pertes (§ 10). Il termine ce chapitre en se demandant si une guerre peut être juste de part et d'autre, question qu'il ne peut résoudre qu'en distinguant entre les divers sens du mot juste. Objectivement, la guerre ne peut être juste que d'un côté, car le droit ne peut exister qu'au profit d'une partie. Mais, subjectivement, la guerre peut être juste de part et d'autre, car la justice, à ce point de vue, réside dans l'opinion de chaque belligérant. Enfin, au point de vue des effets de droit extérieur, la guerre peut être juste de part et d'autre (§ 13) (1).

A supposer qu'on ait une juste cause de guerre, Grotius estime que, souvent, il est plus humain et plus prudent de

(1) Cpr. *De jure Prædæ*, p. 82-84, qui contient une doctrine un peu différente.

ne pas se déterminer légèrement à l'action armée. Cette idée est développée dans le chapitre XXIV.

On peut faire la guerre non seulement pour maintenir ses propres droits, mais encore pour défendre ceux d'autrui. C'est sur ce point que porte le chapitre XXV. Un souverain peut prendre les armes dans l'intérêt d'un de ses sujets ; il le doit même, si cela ne nuit pas au plus grand nombre (§§ 1-3). On doit aussi défendre ses alliés, sauf dans une guerre injuste ou s'il n'y a pas espoir de succès (§ 4). La communauté naturelle qui existe entre les hommes les autorise à se secourir mutuellement contre les injustices (§ 6). On peut légitimement prendre les armes pour délivrer des sujets étrangers de l'oppression, car, si le sujet n'a pas le droit de résister au souverain, cela vient de son caractère même de sujet et c'est là une qualité personnelle et incommunicable. Grotius reconnaît d'ailleurs que l'ambition s'est souvent parée de semblables prétextes (§ 8). A l'égard des particuliers, il déclare que servir à la guerre uniquement en vue d'un salaire et sans considération de la cause défendue est un péché (§§ 9 et 10).

Ce dernier point conduit tout naturellement notre auteur à rechercher, dans le chapitre XXVI, les raisons qui autorisent les sujets à porter les armes pour leur supérieur. D'après lui, si le sujet estime que la guerre est injuste, il ne doit point y prendre part ; s'il doute, le mieux est pour lui de suivre le même parti (§§ 3 et 4). Dans le *De Jure Prædæ*, au contraire, notre auteur avait admis que, dans cette dernière hypothèse, il valait mieux accorder confiance au souverain et suivre son ordre. Si les sujets doutent de la justice de la guerre, un bon souverain ne doit pas les forcer à prendre les armes, mais exiger d'eux quelque subside extraordinaire ; même dans une guerre juste, il n'est pas équitable de contraindre un chrétien à prendre les armes (§ 5). Ces deux dernières solutions sont fort contestables. La première ne donne aucune satisfaction au sujet dont les scrupules sont sincères et non inspirés par la crainte, car il

sera quand même obligé de participer, par ses subsides sinon de sa personne, à une guerre qu'il estime injuste. Quant à la seconde, on doit remarquer qu'étant admise la légitimité de la guerre, un Etat ne peut abandonner à la fantaisie des scrupules individuels l'accomplissement du devoir de défense commune ; la liberté des opinions et des croyances ne va pas jusqu'à permettre à un individu de ne point exécuter ses devoirs de solidarité nationale.

Grotius en a ainsi fini avec la détermination des causes de la guerre ; il traite dans le livre III du cours de la guerre et des traités de paix, nous ramenant ainsi à ce que les auteurs modernes entendent par le droit de la guerre. Le chapitre I parle de ce qui est permis dans la guerre et, en particulier, des ruses de guerre. Grotius y pose le principe que, dans une guerre juste, il nous est permis de faire tout ce qui est nécessaire à la réalisation de notre droit, donc d'exercer des voies de fait dans ce but (§ 2). Les actes d'hostilité peuvent, accidentellement et sauf ce que prescrit la charité, atteindre des innocents, par exemple, s'il s'en trouve dans une maison occupée par des voleurs et que l'on attaque (§ 4). Mais, d'ordinaire, les actes d'hostilité seront dirigés contre nos ennemis. On peut regarder comme tels ceux qui fournissent à notre adversaire des choses nécessaires à la guerre. Si les neutres lui font parvenir des objets sans destination belliqueuse, nous ne pouvons nous en plaindre. S'agissant de l'envoi d'objets *ancipitis usus* je puis m'en saisir, si cela est nécessaire à ma défense ; si cet envoi m'a empêché d'aboutir, le neutre qui les aura fournis devra m'en dédommager et sera même tenu pénalement envers moi si son injustice est évidente. Grotius cite, à ce propos, le Consulat de la mer et des exemples tirés de la pratique des xve et xvie siècles (§ 5).

Notre auteur examine ensuite, et en entrant dans des détails, dans quelle mesure on peut recourir aux tromperies envers un ennemi. Il admet comme licites certaines ruses aujourd'hui prohibées, comme l'emploi des uniformes ou

du pavillon de l'ennemi (§ 8). Au contraire, comme les interlocuteurs s'accordent tacitement et réciproquement le droit de connaître leurs pensées exprimées, le mensonge qui porterait atteinte à ce droit serait illicite (§ 11). Mais on ne ment point, si, ne trompant pas celui à qui on s'adresse, on parle de façon à donner lieu à un tiers de se tromper (§ 13). Le mensonge n'est pas illicite s'il est le seul moyen de sauver la vie à un innocent (§ 16). Toutefois, il n'est permis ni dans des promesses, même faites à un ennemi, ni dans un serment (§§ 18, 19).

Dans la guerre il est interdit de pousser quelqu'un à une chose illicite, par exemple un sujet à assassiner son prince, mais on peut se servir d'un homme qui pèche de son propre mouvement (§§ 21 et 22).

Voilà ce que le droit naturel permet dans la guerre. Pour ce qui est du droit des gens volontaire, Grotius en examine les règles en les ramenant à trois chefs : 1° contre qui peuvent être dirigées les hostilités ? 2° à quelles conditions y a-t-il guerre légitime ? 3° quels actes de guerre sont licites ? Pour ce qui est du premier point, le droit des gens arbitraire a établi que les sujets répondraient des dettes de l'Etat, ainsi qu'il résulte des formules employées dans les déclarations de guerre (chap. II, § 2). Le droit de représailles est une application de cette idée : le créancier saisit le bien d'un compatriote de son débiteur, le considérant ainsi comme engagé par le fait de l'Etat qui n'a point obligé le débiteur à s'acquitter de ses obligations (§§ 4-6).

Le droit des gens volontaire a établi certaines conditions qui, une fois remplies, donneront aux actes d'hostilité un caractère licite. Ces conditions sont que la guerre éclate entre peuples différents et qu'elle soit déclarée. Pour ce qui est de la première, Grotius remarque qu'un Etat ne perd pas sa qualité d'Etat parce qu'il commet des injustices ; il lui suffit de conserver des lois, des tribunaux, et ce qui est nécessaire pour faire rendre aux étrangers ce qui leur est dû (chap. III, § 2). Quant à la déclaration de guerre, le

droit des gens arbitraire, allant plus loin que le droit naturel (§ 6), l'exige dans tous les cas pour qu'il y ait guerre légitime produisant ses effets propres (§ 7) : on est, par là, assuré que la guerre est entreprise non par autorité privée, mais par ordre de l'Etat (§ 11). La déclaration est ici présentée comme une condition indispensable pour que les effets de la guerre légitime se produisent : les auteurs modernes qui consacrent l'exigence d'une déclaration de guerre se séparent du jurisconsulte hollandais en ce qu'ils reconnaissent les mêmes effets à la guerre existant de fait qu'à la guerre déclarée : de plus, ils motivent l'exigence d'une déclaration sur le désir d'éviter toute tromperie, considération que Grotius écarte expressément (§ 11).

Les effets de la guerre légitime au point de vue du droit des gens, c'est-à-dire réunissant les deux conditions que nous venons d'exposer, sont le troisième point que Grotius doit examiner. Il l'aborde, dans le chap. IV, en traitant du droit de tuer les ennemis dans une semblable guerre. Il est permis — en ce sens que cela n'entraîne aucun châtiment humain — de faire, de part et d'autre, du mal à son ennemi dans une telle guerre. Cela a été admis, d'abord parce qu'il aurait été dangereux pour les autres États de prononcer sur la justice de la cause des belligérants, ensuite parce qu'il est difficile de juger jusqu'où il est nécessaire de porter les actes d'hostilité (§§ 3 et 4). Dans une guerre en forme, le droit des gens permet de tuer tous ceux qui se trouvent sur le territoire ennemi, non seulement les sujets ennemis, mais encore les étrangers (§§ 6 et 7), même les enfants et les femmes (§ 9), les prisonniers (§ 10), les otages (§ 14). On peut refuser quartier à qui le demande, faire mourir qui s'est rendu à discrétion (§§ 11 et 12). Un belligérant use de ces rigueurs dans son intérêt et non pour punir l'opiniâtreté d'une résistance qui, en soi, n'est pas punissable (§ 13). On devine, dès lors, un principe de limitation à la faculté de nuire à l'ennemi, principe que Grotius n'énonce pas comme étant de droit des gens arbitraire, mais

qui devait venir à se dégager : c'est l'idée d'indiquer, par avance, certaines rigueurs comme n'étant pas de l'intérêt du belligérant et, par suite, comme illicites. Ainsi, écarte-t-on, depuis longtemps, le massacre des femmes et des enfants. Le défaut de la solution de Grotius est de laisser au belligérant l'appréciation des limites à s'imposer d'après son intérêt immédiat. Sur un point cependant, il a posé une règle prohibitive : le viol n'est pas licite parce qu'il n'est pas nécessaire pour l'obtention du but poursuivi par la guerre ; Grotius donne cette disposition comme consacrée par le droit des gens arbitraire (§ 19).

Si tous les sujets ennemis peuvent être tués, tous les moyens de nuire ne sont pas licites contre eux. Le droit des gens arbitraire prohibe l'emploi du poison qui augmenterait trop les périls des guerres (§ 15) et celui des armes empoisonnées (§ 16). On peut faire assassiner un ennemi, mais à condition de ne pas soudoyer, dans ce but, le sujet de la victime éventuelle, car ce serait faire courir de trop grands risques aux personnes distinguées (§ 18).

On peut ravager et piller les biens de l'ennemi (chap. V, § 1). Le droit des gens n'en excepte pas les choses sacrées; la seule restriction réside dans les idées religieuses du vainqueur qui peuvent être les mêmes que celles du vaincu (§ 2).

D'après le droit de nature, on devient propriétaire, dans une guerre juste, d'autant de choses prises qu'il en faut pour nous indemniser de ce qui nous est dû ou pour infliger à l'adversaire une peine convenable (chap. VI, § 1). D'après le droit des gens arbitraire, tous ceux qui font la guerre dans les formes acquièrent la propriété des biens enlevés à l'ennemi, sans limitation (§ 2). Cette acquisition se produit lorsque l'ennemi doit, vraisemblablement, avoir perdu l'espoir de recouvrer la chose : c'est, pour les meubles, quand ils ont été emportés dans les lieux dont on est maître, pour les vaisseaux, selon les usages contemporains de Grotius, après une possession de 24 heures,

pour les terres, après les avoir entourées de fortifications durables (§§ 3 et 4). Ce mode d'acquisition ne s'applique qu'aux choses de l'ennemi, non à celles des neutres et la présence de marchandises ennemies à bord d'un navire ami ne le confisque que si elles s'y trouvent du consentement du maître du vaisseau (§§ 5 et 6).

Grotius examine ensuite, avec détails, la question de savoir à qui sont acquises les choses ainsi enlevées à l'ennemi (1). Il pose comme règle du droit des gens que les biens pris dans une expédition spontanée, au cours d'une guerre, appartiennent au capteur : ceux pris en service commandé sont à l'Etat ; il invoque en ce sens les usages des peuples de l'antiquité. D'ailleurs, il dit que ce n'est là une règle de droit des gens, qu'à défaut de loi civile différente (§ 13). Les lois civiles peuvent attribuer le butin à qui elles veulent et, d'après un usage presque général, les alliés et sujets qui font la guerre à leurs risques et périls, deviennent propriétaires des biens par eux enlevés à l'adversaire (§ 23). Sans examiner le fondement de la distinction présentée par Grotius, bornons-nous à dire qu'il a tort de la présenter comme une règle de droit des gens. En effet, le droit des gens suppose un rapport international à régler : or, étant admis que la prise est acquise à un belligérant — en englobant dans ce terme l'Etat, ses sujets, alliés et instruments — la question plus précise de savoir si elle est acquise à l'Etat ou à l'individu qui l'a effectuée — sujet ou non — n'est pas une question internationale, mais de droit interne. Un seul Etat y est intéressé, celui par les armes duquel a été effectuée la prise. La question doit être tranchée par le droit interne. Ce que Grotius présente comme de droit des gens n'est qu'une règle de droit interne, la même chez plusieurs peuples : cela explique très bien qu'à ce droit commun puisse déroger une loi particulière d'un Etat, comme le dit notre

(1) Il l'avait déjà traitée dans le *De jure prædæ*, chap. x.

auteur (§§ 13 et 25), tandis qu'une loi civile ne pourrait aller à l'encontre du droit international.

De même qu'on devient propriétaire des choses prises à l'ennemi dans une guerre en forme, de même on devient propriétaire des prisonniers qui sont, d'après le droit des gens, esclaves du vainqueur : le même sort frappe leur postérité (chap. VII, §§ 1 et 2). C'est là une règle bienveillante puisqu'elle donne intérêt à faire prisonnier l'ennemi plutôt qu'à le tuer (§ 5). Les chrétiens sont allés plus loin : ils ont aboli entre eux l'usage de rendre esclaves les prisonniers de guerre qu'ils retiennent seulement jusqu'au paiement de la rançon (§ 9).

On acquiert aussi, dans une guerre en forme, la souveraineté sur le peuple ennemi. Ici Grotius introduit une distinction : si le roi vaincu possédait la souveraineté, le vainqueur n'a que le pouvoir qu'avait ce roi ; si le peuple était souverain, le vainqueur acquiert la souveraineté avec pouvoir de l'aliéner, comme le pouvait le peuple (chap. VIII, § 1). Cette distinction nous paraît peu judicieuse. En effet, dans les rapports internationaux, le souverain c'est l'Etat, ce n'est ni le roi, ni le peuple. Un Etat n'a pour ennemi ni un roi, ni un peuple, mais un Etat : si donc le vainqueur acquiert les biens de l'ennemi et si l'on applique cela à la souveraineté, il faut dire qu'il devient souverain du peuple vaincu, sans tenir compte de la constitution intérieure de celui-ci.

Après avoir ainsi étudié l'acquisition par droit de guerre, Grotius traite dans le chapitre IX du droit de postliminie. En temps de guerre, le prisonnier, de retour dans son pays, recouvre sa liberté et ses biens (§§ 4-8) ; les fonds de terre et, anciennement, certaines choses mobilières, comme les armes, retournent à leurs anciens maîtres après reprise sur l'ennemi (§§ 13-15). Grotius pose les conditions auxquelles est subordonné ce *jus postliminii*. Des deux types de ce droit, le premier était sans application au temps de Grotius, puisqu'il n'était plus d'usage, entre peuples chrétiens,

de réduire les prisonniers en esclavage (chap. VII, § 9). Le second n'est pas un droit d'ordre international, car il ne suppose point un conflit entre deux Etats. La reprise d'un bien, d'après les principes de Grotius, le fait acquérir au parti recapteur : la question de savoir si la propriété en va à l'ancien propriétaire, à l'Etat ou à l'individu qui l'a repris est du domaine du droit interne (1). Des observations analogues pourraient être faites pour le premier cas de *jus postliminii*.

Voilà ce que le droit des gens volontaire permet entre ennemis, dans une guerre en forme. Mais le belligérant va trouver des limites plus étroites dans la justice proprement dite ou dans d'autres vertus (2) (chap. X, § 1). Et d'abord, si la cause d'une guerre est injuste, tous les actes d'hostilité le sont et engagent la responsabilité morale de ceux qui les commettent sciemment (§§ 3-6).

D'autre part, même dans une guerre juste, on ne doit pas user d'une rigueur excessive ; Grotius, dans les chapitres XI-XVI, expose les tempéraments à observer dans l'action hostile. C'est peut-être là la partie la plus personnelle, la plus intéressante et assurément la plus humanitaire de son œuvre. Le chapitre XI traite des tempéraments au droit de tuer. On ne peut à bon droit tuer quelqu'un de propos délibéré que pour le punir s'il mérite une telle peine ou pour défendre notre personne ou nos biens ; et même la charité défend de tuer pour la sauvegarde de nos biens (§ 2). Avant de punir de mort ceux qui nous ont fait la guerre, il faut distinguer les auteurs de la guerre et ceux qui les ont suivis et rechercher les raisons qui ont pu les déterminer (§§ 5-6). Lorsque la justice permet de mettre à mort un ennemi, l'humanité pourra demander qu'on se départisse d'une telle rigueur (§ 7); on doit épargner les

(1) Pour donner naissance à une question internationale, il faudrait supposer une reprise opérée par l'allié de l'Etat auquel ressortit l'ancien propriétaire.

(2) *Sive in jure stricte dicto, sive in aliarum virtutum præcepto.*

femmes, les enfants, les vieillards et ceux que leur profession tient éloignés du métier des armes comme les prêtres, moines, gens de lettres, laboureurs, marchands (§§ 9-12). On doit respecter la vie de ceux qui se rendent dans les sièges ou les combats (§ 14) ; ni le désir d'intimidation, ni la prétention de punir une résistance opiniâtre, ni le ressentiment des échecs subis n'autorisent à tuer les prisonniers (§ 16). Même si les ennemis ont mérité la mort, l'humanité demande qu'on se montre moins rigoureux à cause du grand nombre de coupables (§ 17). On ne peut faire mourir les otages qu'à raison des crimes par eux commis (§ 18). Grotius condamne aussi les combats inutiles (§ 19), et prescrit de ne rien faire, sauf pour des raisons très graves, qui puisse, par contre-coup, faire mourir des innocents (§ 8).

Des tempéraments doivent être apportés aux destructions. Les dégâts ne seront commis sans injustice que s'ils sont imposés par la nécessité ou visent la compensation de notre dû ou une peine méritée par l'adversaire (chap. XII, § 1). On doit s'abstenir de détruire les choses de l'ennemi dont on s'est rendu maître (§§ 2-3). Au lieu de dévaster les récoltes, souvent, il vaudra mieux se borner à lever des contributions, comme il fut fait dans la guerre des Pays-Bas (§ 4). On devra épargner les objets sans utilité militaire comme les tableaux et statues (§ 5). Il en est de même des tombeaux et des objets affectés aux cultes (§§ 6 et 7), surtout, ajoute Grotius, à l'égard de ces derniers, « si les deux adversaires adorent Dieu suivant la même loi ». Il nous semble bien plutôt que la règle a besoin d'être établie surtout entre adversaires appartenant à des religions différentes.

Grotius apporte aussi des tempéraments au droit d'acquérir par guerre : c'est ce qui fait l'objet du chapitre XIII. Tandis que le droit des gens reconnaît de part et d'autre et sans limite, dans une guerre en forme, l'acquisition des biens de l'ennemi, la justice ne permet de re-

tenir les biens de l'ennemi ou de ses sujets que jusqu'à concurrence de ce qui nous est dû (§ 1). Il ne faut pas s'approprier les biens des sujets de l'Etat ennemi pour tirer vengeance d'une injure reçue de celui-ci (§ 2). La charité peut enfin ordonner de ne pas poursuivre rigoureusement le paiement intégral de sa créance (§ 4).

Conformément aux mêmes idées, Grotius, dans le chapitre XIV, restreint au montant de nos créances et à la punition de leurs crimes personnels, notre faculté de réduire des prisonniers de guerre en esclavage. L'équité ordonne de suivre ici les mêmes distinctions que pour le droit de tuer les ennemis (§ 1). Ces esclaves doivent être traités avec humanité. Quand les prisonniers ne sont pas réduits en esclavage, le mieux est de les échanger ou de les relâcher moyennant une rançon raisonnable (§ 9).

Dans une guerre juste, on peut acquérir la souveraineté; encore faut-il, pour que cette acquisition soit légitime, qu'elle réponde au degré de peine mérité par le crime des vaincus ou à la créance envers eux, ou encore qu'elle soit imposée par la nécessité (chap. XV, § 1). Le mieux est de n'ôter aux vaincus que le pouvoir de nuire et Grotius indique différents moyens de leur réserver une liberté restreinte. Le vainqueur doit laisser aux vaincus l'usage de leur religion (§ 11); il doit les traiter avec douceur (§ 12).

Notre auteur termine l'exposé des tempéraments par ceux qu'on doit observer à l'égard des choses auxquelles ne s'applique point le *jus postliminii* (chap. XVI). Il décide qu'on est tenu, en conscience, de restituer ce que l'on a pris à l'ennemi et qu'il avait enlevé lui-même dans une guerre injuste (§ 1). Pour la même raison, on doit restituer un Etat ou un territoire à son souverain — peuple ou roi — qu'une conquête injuste en avait dépouillé, si l'on vient à l'enlever à notre ennemi (§ 4).

Ayant ainsi examiné, au point de vue du droit, l'action hostile réciproque des belligérants, Grotius, dans le chapitre XVII, traite des neutres, fort brièvement d'ailleurs

et après s'être presque excusé de les faire intervenir ici. Sa doctrine de neutralité est extrêmement faible. La nécessité seule peut, d'après lui, donner un droit aux belligérants sur les biens des neutres ; et, comme on a abusé de ce prétexte, il exige qu'il s'agisse d'une nécessité extrême (§ 1). Il admet le passage des troupes en pays neutre, prescrivant seulement aux belligérants d'éviter que des dégradations n'y soient commises (§ 2). Les neutres ne doivent rien faire qui puisse fortifier celui dont la cause est mauvaise ou gêner celui qui combat pour le droit. La justice de la guerre est-elle douteuse, ils devront tenir une conduite égale envers les deux belligérants (§ 3).

Dans le chapitre XVII, Grotius envisage l'action du particulier comme tel dans la guerre publique. Citant le cas bien connu du fils de Caton le Censeur, il déclare que c'est en vertu du droit interne, non en vertu du droit de la nature ou des gens, qu'il est défendu à un particulier d'agir contre l'ennemi sans une commission de l'autorité publique. Cette commission peut être générale, s'adressant à tous les sujets, ou spéciale (§ 1) (1).

Tous les rapports entre belligérants ne se ramènent pas à des actes de violence. Ils peuvent conclure des accords dont Grotius traite dans le chapitre XIX, pour poser très fermement la règle qu'on doit garder la foi donnée à un ennemi parce qu'un ennemi n'en est pas moins un homme et que tout homme est capable d'acquérir un droit par la promesse d'un autre. Même entre ennemis, il y a une société établie par la nature (§ 1). On doit tenir ce qu'on a promis même à un pirate ou à un tyran (§ 2). Grotius ap-

(1) Celui qui fait la guerre à ses frais ne peut, dans une guerre juste, légitimement garder les prises que dans la limite du droit de l'Etat sur les choses ennemies et que si les dépenses faites et les risques courus par lui égalent l'espérance incertaine du butin (§§ 2 et 3). Celui qui a commis des actes d'hostilité sans ordre ni juste cause est responsable du dommage ainsi causé (§ 6).

plique aussi son principe à un roi qui se serait engagé envers ses sujets révoltés (§ 6) (1).

D'après le droit des gens, on ne peut invoquer la crainte injuste pour contester la validité d'une promesse faite dans une guerre en forme. Mais, en conscience, le roi ou le peuple qui l'a obtenue doit renoncer au bénéfice qui en résulte (§ 11).

On doit garder la foi promise même aux perfides (§ 13); mais on est dispensé de tenir ce qu'on a promis si l'autre partie n'exécute pas son engagement correspondant. On peut aussi refuser l'exécution, à titre de compensation (§§ 15-18); cependant le motif de compensation ne peut être tiré des prétentions qui sont la cause de la guerre ni des dommages produits par des actes licites d'hostilité, car ce serait contraire à la nature même de l'engagement pris (§§ 3 et 19).

Le principe du respect des promesses faites à l'ennemi étant posé, Grotius examine les différentes sortes de conventions qui peuvent intervenir entre belligérants. Et d'abord, il consacre le chapitre XX à la conclusion de la paix. Le traité de paix est fait par le souverain : roi, conseil aristocratique ou assemblée des citoyens (§§ 2-4). Le prince ne peut aliéner la souveraineté que dans la mesure où il la possède ; pour l'aliénation d'une province le consentement de celle-ci est nécessaire, il est même suffisant en cas de nécessité (§ 5) (2).

(1) Le pouvoir législatif du prince et son droit éminent sur les biens des sujets ne l'empêchent pas d'être obligé, car il n'a ces droits que dans l'intérêt du bien public. Que si le bien public prescrit l'exercice de ce droit éminent, les sujets devront être dédommagés (§ 7). Si, pour donner plus de force à l'engagement, on y a fait participer tout le corps de l'Etat, le souverain ne pourra se dispenser de tenir sa parole, malgré même les exigences du bien public, car l'Etat a pu se dépouiller de son droit (§ 8). Pour mieux asseoir une promesse faite à des sujets rebelles, le souverain peut s'engager envers un tiers qui, ainsi que tout homme, doit s'intéresser à l'avantage des autres, comme y trouvant le sien propre (§ 9).

(2) Les rois peuvent, si l'intérêt général l'exige, disposer dans un

Grotius pose quelques règles sur l'interprétation des traités de paix (§§ 11-26). Puis il indique que la paix conclue se rompt en violant les conditions essentielles de tout traité de paix, en manquant à un article du traité, en agissant contre ce que demande la nature particulière de la paix conclue (§§ 27-41).

Il énonce ensuite d'autres moyens de terminer la guerre. On peut s'en remettre au sort pour les choses dont on a la pleine propriété ou pour d'autres choses si l'on se sent trop faible (§ 42). D'après le droit des gens, on peut recourir à un combat singulier ; mais, d'après la raison et les lois divines, on ne doit faire la guerre que pour un juste motif et alors de toutes ses forces ; les combats singuliers, à ce point de vue, ne sont licites que de la part de celui qui a le bon droit et pense qu'autrement il succomberait (§ 43). On peut recourir au jugement d'arbitres, dont Grotius conçoit deux sortes, suivant qu'ils sont médiateurs (*conciliatores*) ou juges : il ne s'occupe toutefois que des seconds (§ 46). En principe, les arbitres ont à suivre les règles de la justice et non celles de l'équité (§ 47) ; ils statuent sur le fonds et non sur le possessoire (§ 48). Enfin la guerre peut se terminer par la *deditio* du vaincu qui se livre à la discrétion de son adversaire (§ 49).

Le traité de paix peut être accompagné de dation d'otages ou de constitution de gage. Grotius traite à ce propos de la condition des otages et il répète ici ce qu'il avait déjà dit, à savoir qu'on peut faire mourir un otage selon le droit des gens, mais non selon la justice (§ 43).

Les conventions conclues en cours de guerre font l'objet du chapitre XXI. Grotius y parle de la trêve, du sauf-

traité de paix des biens de leurs sujets ; mais la question de savoir si cette disposition était commandée par l'intérêt public est d'ordre interne et sans effet à l'égard des étrangers. D'ailleurs, le sujet devra être indemnisé par l'Etat et Grotius admet aussi qu'il doit être dédommagé du préjudice à lui causé par les hostilités, à moins que les lois civiles n'en ordonnent autrement (§§ 7-10).

conduit et du rachat des prisonniers. Il voit dans la trêve un repos dans la guerre (1) (§ 2), rendant tout acte d'hostilité illicite mais laissant à chacun la liberté de battre en retraite, de réparer ses brèches et de lever des troupes (§§ 6-7). La rupture de la trêve, pour laquelle la simple action des particuliers ne suffit pas, autorise l'autre partie à reprendre les armes sans déclaration (§§ 11-13).

Les autorités subalternes obligent le souverain par les conventions qu'elles font dans les limites des pouvoirs à elles donnés spécialement ou résultant implicitement de leurs fonctions (chap. XXII, § 2). Le souverain sera engagé aussi par leurs actes quand il les aura ratifiés ou que s'appliquera la théorie de l'enrichissement sans cause (§ 3). Grotius fait l'application de ces idées aux conventions signées par un chef militaire ou par le magistrat d'une ville (§§ 6-12).

Les conventions faites par de simples particuliers obligent ceux-ci (chap. XXIII, § 1). Grotius n'admet point qu'un mineur qui sait ce qu'il fait puisse s'en dégager en invoquant son âge, car ce serait invoquer un bénéfice de droit civil, alors qu'il s'agit d'une question de droit des gens (§ 3). Il indique des applications de promesses faites par des particuliers à l'ennemi et pose des règles d'interprétation.

Les conventions tacites font l'objet du chapitre XXIV. Grotius y indique que celui qui demande asile à un Etat s'engage tacitement à ne rien faire contre celui-ci (§ 2). On se promet tacitement sûreté réciproque en demandant ou accordant une entrevue (§ 3). La branche d'olivier, le drapeau blanc sont des signes muets et reconnus (§ 5). Quand un général a excédé ses pouvoirs dans un traité, la ratification par l'Etat peut être tacite (§ 6).

Dans le chapitre XXV qui forme la conclusion de l'ouvrage, Grotius montre que l'attention des belligérants et

(1) *Sunt ergo induciæ in bello otium, non pax.*

leurs efforts doivent être tournés vers l'obtention de la paix. Il faut garder la foi donnée, parce que sans cela on ne peut espérer la paix (§ 1). On doit avoir toujours en vue la paix, parce que c'est un moyen d'avoir la conscience en repos, parce qu'on y a intérêt si l'on est faible, parce qu'elle sera glorieuse et avantageuse si l'on est fort et plus sûre que la victoire. Une fois la paix faite, il faut l'observer exactement. Grotius termine en priant Dieu de graver ces maximes au cœur des puissances chrétiennes et de leur faire comprendre qu'elles sont les ministres chargés de gouverner les hommes qui sont très chers à Dieu.

IV

MÉTHODE DE GROTIUS

Pour étudier la méthode de Grotius, il nous faut montrer, d'une part, comment il a construit son système propre, d'autre part, comment il en a ordonné l'exposition dans ses œuvres, voir sa méthode scientifique et sa méthode de composition. Grotius fait encore largement usage des procédés scolastiques (1) ; il entre dans des divisions presque infinies et examine successivement sous des points de vue divers les questions dont il traite. Dans le *De Jure prædæ*, il démontre la légitimité de l'attribution des parts de prise aux membres de la Compagnie des Indes, qu'il s'agisse d'une guerre publique ou privée, que les Hollandais aient fait la guerre pour eux-mêmes ou comme alliés du roi de Jora. Puis, après avoir examiné la question au point de vue du droit, il l'envisage au point de vue de l'honnête et de l'utile. Le *De Jure Belli* présente des divisions poussées encore plus loin. Grotius y distingue avec soin le droit naturel, le droit divin volontaire, le droit des gens, le droit civil, le droit humain moins étendu que le civil (l. I, chap. I, §§ 9 et s.). Dans les questions importantes, il se placera successivement à ces divers points de vue : son examen de la légitimité de la guerre nous en donne un exemple frappant (l. I, chap. II). Il établit que la guerre n'est point

(1) Voy. Hély, *Etude sur le droit de la guerre de Grotius*, p. 119, 120.

condamnée par le droit naturel, ni par le droit des gens, ni par le droit divin positif. Examinant ce dernier point de vue, il lui faut encore des sous-distinctions pour voir si la guerre n'est point défendue par l'Ancien Testament ni par l'Evangile et pour corroborer son opinion par celle des anciens chrétiens. Dans cette argumentation, suivant le procédé scolastique, il pose d'abord et réfute les objections possibles contre sa thèse avant d'établir celle-ci.

Pour ses démonstrations, Grotius cite constamment les auteurs anciens (1). Il y a dans ce luxe d'érudition quelque chose qui déconcerte nos habitudes modernes et qui ne va pas sans rendre, à un certain degré, pénible une première lecture de l'œuvre de Grotius. A y revenir, on s'aperçoit que, le plus souvent, le passage cité fait bien corps avec la pensée de notre auteur et on s'habitue en quelque sorte à n'y voir que des formules heureuses, recueillies çà et là et que Grotius emploie parce qu'elles rendent bien sa pensée. Ainsi, « sous ce luxe de citations, ornement extérieur autorisé par le mauvais goût d'un autre âge, se laisse apercevoir une libre pensée qui, toujours maîtresse d'elle-même, se développe avec vigueur d'après une méthode réfléchie (2) ». A vrai dire, c'est plutôt par goût d'humaniste que par désir d'invoquer des autorités que Grotius cite les auteurs anciens. Aussi se défend-il avec soin de s'incliner, les yeux fermés, devant la parole d'Aristote qu'il considère cependant comme le plus grand des philosophes ; il regrette que la légitime influence de ce penseur ait dégénéré en tyrannie et déclare raisonner à la manière des anciens chrétiens qui pensaient devoir emprunter à chaque école la part de vérité qu'elle avait découverte (3).

(1) Aussi Rousseau lui reprochera-t-il de se fonder sur l'autorité de poètes. *Contrat social*, l. I, chap. IV. — *Emile*, l. V.

(2) Franck, *Réformateurs et publicistes de l'Europe*, XVIIe *siècle*. Paris, 1881, p. 270. Cpr. *De Jure belli*, Prol., § 47.

(3) *De Jure belli*, Prol.. § 42.

Les citations et références de Grotius visent principalement, mais non point exclusivement, les auteurs anciens. Le goût du temps et sa culture juridique et littéraire y invitaient le jurisconsulte hollandais (1). Parmi les auteurs canoniques il se réfère particulièrement aux Pères de l'Eglise, saint Augustin, saint Jérôme, saint Ambroise, mais il invoque également les canonistes et cite quelquefois des textes du *Corpus juris canonici* (2). Dans le *De Jure prædæ*, non seulement il se réfère à Bartole, à Balde et aussi à Gentilis, mais encore on le voit sans cesse invoquer à l'appui de ses thèses Ayala, Covarruvias, Vasquez et surtout Victoria : soutenant que des hostilités dirigées contre l'Espagne et des prises faites au détriment des sujets de celle-ci étaient justes, il lui convenait de corroborer ses assertions par les opinions des docteurs espagnols. Dans le *De Jure belli*, au début de l'œuvre, il mentionne quelques auteurs modernes : ce sont ceux qu'il a utilisés dans le *De Jure prædæ*, et aussi d'autres, comme Bodin (3). Si, dans le corps de l'œuvre, la part faite aux modernes peut paraître faible, comparativement à celle des anciens qui est excessive, elle est cependant très réelle. En particulier, Grotius mentionne assez souvent, pour l'adopter ou la combattre, l'opinion de Vasquez : plus fréquemment, il renvoie, par une note, à l'œuvre de ses prédécesseurs. Ce qui reste vrai cependant, c'est que, tandis qu'il reproduit sans cesse les paroles d'auteurs anciens, il n'use guère de ce procédé à l'égard des modernes.

(1) Kaltenborn, *Kritik des Völkerrechts*, Leipzig, 1847, p. 43.

(2) Il convient de rapprocher cela du fait que relève Gierke, *Johannes Althusius und die Entwickelung der naturrechtlichen Staatstheorien*, 2e édit., Breslau, 1902, p. 57, que les auteurs calvinistes de science politique, à cette époque, rejetaient radicalement l'autorité du *Corpus juris canonici* et des canonistes. Cette particularité ne nous surprend point chez Grotius qui fut toujours animé, en matière religieuse, d'un grand esprit de conciliation et chercha même à rapprocher les confessions chrétiennes de l'Europe occidentale.

(3) *De Jure belli*, Prol., § 36-38, 53-56.

Ces citations anciennes sont, le plus souvent, faites de mémoire et, par suite, fréquemment inexactes. Barbeyrac et M. Pradier-Fodéré se sont attachés à corriger ce défaut pour le *De Jure belli* ; en éditant le *De Jure prædæ*, M. Hamaker a complété les trop succinctes indications de Grotius. Ces inexactitudes proviennent-elles de ce que Grotius aurait composé le *De Jure belli* en n'ayant, à sa disposition, qu'un trop petit nombre de livres. C'est assez peu probable. Grotius se servait de la bibliothèque de De Thou et beaucoup de ses citations inexactes se réfèrent à des ouvrages qu'il pouvait facilement consulter : de plus, le défaut se retrouve aussi dans les éditions ultérieures qu'il put corriger à loisir. Aussi pensons-nous qu'il tient, soit à des citations faites de seconde main (1), soit, surtout, à des citations faites de mémoire. Grotius, à ce que nous rapporte Aubery du Maurier, avait une mémoire prodigieuse (2) ; il en usa et en abusa.

Grotius indique, en outre, dans le *De Jure belli*, des faits qui contribuent à l'établissement de sa doctrine. Mais au lieu que, homme politique et historien, il nous fasse connaître des espèces récentes ou relativement telles, humaniste, il fait à celles-là une place restreinte pour s'étendre, avec des détails circonstanciés, sur les événements que rapportent l'histoire sainte, Tite-Live et Denys d'Halicarnasse. C'est là un point sur lequel il nous faudra revenir en étudiant sa conception du droit des gens arbitraire.

Pour le moment, il nous suffira de dire que Grotius présente le droit des gens arbitraire comme l'expression de la volonté des peuples qu'il va chercher dans les pratiques et

(1) Barbeyrac, dans sa traduction du *De Jure belli*, nouv. édit., Leyde-Lyon, 1768, signale des citations inexactes faites par Grotius en les empruntant à Gentilis. Voy. par exemple, l, II, ch. I, § I, n. 24 ; l. II, chap. XIX, § 3, n. 3 ; l. II, chap. XXI, § 2, n. 21 ; l. III, chap. III, § 5, n. 1 ; l. III, chap. IV, § 12, n. 2 ; l. III, chap. IV, § 13, n. 2.

(2) Aubery du Maurier, *op. cit.*, p. 329.

les opinions anciennes plutôt que dans les modernes. Mais, quoi qu'il en soit de cette préférence donnée à l'antiquité, un point doit, ici, par nous, être remarqué, c'est que ce droit des gens, à caractère positif, ne peut être connu que par l'observation, par la *méthode a posteriori*, et c'est bien ainsi que, quant à lui, procède Grotius.

S'agissant du droit de la nature, Grotius conçoit, au contraire, deux manières de l'établir et utilise les deux : on peut d'abord procéder *a priori*, en montrant la convenance ou la disconvenance d'une règle ou d'une institution avec la nature raisonnable et sociable de l'homme, et alors on ne fera qu'emprunter des formules ou des raisonnements déjà faits aux anciens. On peut aussi suivre la méthode *a posteriori*, en montrant qu'une règle a été considérée comme de droit naturel par les nations civilisées, mode de preuve plus facile que le premier, à la portée d'un plus grand nombre de personnes, sinon aussi certain (1). D'ailleurs, scientifiquement la méthode *a priori* est la seule qui convienne à la reconnaissance première d'une règle de droit naturel : le procédé *a posteriori* fait seulement savoir que d'autres hommes ont attribué ce caractère à une certaine règle ; en conséquence de la confiance qu'on peut avoir dans l'exactitude du jugement de ces hommes, on présume qu'ils ont exactement fait un raisonnement *a priori* préalable et, sans autre examen, on adopte leur solution ; ce peut être un procédé pratiquement utile, ce n'est point une méthode scientifique, pas plus que ne serait démontré un théorème de géométrie par un professeur qui donnerait à ses élèves sa parole d'honneur que la proposition qu'il pose est exacte.

Mais si le procédé *a posteriori* est sans valeur scientifique à l'égard du droit naturel, il conserve toutes ses qualités pour la détermination du droit des gens arbitraire. Ainsi, dans l'œuvre de Grotius, se trouvent tour à tour employées les deux grandes méthodes, ainsi la place est faite à la ten-

(1) *De Jure belli*, l. I, chap. I, § 12.

dance philosophique et à la tendance positiviste, si bien qu'elles devaient se développer en deux écoles se réclamant l'une et l'autre du maître commun.

Mais si Grotius a fait usage des deux procédés, a-t-il su attribuer à chacun la place qui devait lui revenir? N'a-t-il pas donné à chaque méthode un rôle à la fois trop restreint et trop exclusif en séparant le domaine de chaque procédé au lieu d'organiser leur collaboration? C'est un point qui ne peut être résolu que lorsque nous aurons ultérieurement indiqué comment Grotius distingue le droit naturel fondé sur l'a priorisme et le droit des gens déterminé par la méthode *a posteriori*.

Ayant ainsi exposé les traits essentiels de la méthode scientifique de Grotius, il faut, avons-nous dit, caractériser sa méthode de composition. C'est, peut-on dire, — et cela s'applique surtout au *De Jure belli* — la méthode des digressions. Pour le *De Jure prædæ* cela serait déjà vrai sur certains points, bien que dans une mesure beaucoup plus restreinte. L'objet du *De Jure prædæ* était de démontrer que les attributions de parts de prise aux membres de la Compagnie des Indes étaient légitimes ; pour cela, il fallait établir que la prise avait été régulièrement effectuée. Mais Grotius remonte plus haut : il se demande si toute prise est licite (chap. IV), si même il est permis de faire la guerre. La dernière question constitue bien évidemment à nos yeux une digression qui, semble-t-il, ne devrait point se rencontrer dans un ouvrage bien composé. Elle s'explique cependant dans le *De Jure prædæ* où il s'agissait de calmer des scrupules basés notamment sur l'idée que toute guerre serait interdite entre chrétiens. Dans le même ouvrage, on pourrait considérer comme en dehors du sujet les règles et les lois fondamentales posées dans le chapitre II ; à y regarder de plus près on reconnaît qu'elles sont placées là pour faciliter l'argumentation ultérieure sur la légitimité de la prise.

Les digressions du *De Jure prædæ* s'expliquent donc dans une certaine mesure. Par ailleurs l'ouvrage présente de très

grandes qualités de composition. Il est admirablement ordonné et le raisonnement s'y poursuit d'une façon très ferme. Sur les principes directeurs qu'il a posés, Grotius construit toute sa théorie dogmatique, montrant si et à quelles conditions la guerre et la prise sont justes, et qui devient propriétaire de la prise. Il expose les faits auxquels il adapte ensuite ses théories de droit. C'est le triomphe du raisonnement juridique.

Dans le *De Jure belli*, les digressions occupent une place autrement large. Dans cet ouvrage consacré au droit de la guerre, notre auteur trouve le moyen de poser une théorie générale du droit, de déterminer les divers modes d'acquisition, d'étudier les contrats, les ambassades, d'établir des principes de droit pénal..... ; et nous ne donnons là que des exemples. A propos du droit de la guerre il expose un système du droit de la nature et des gens et devient par là, le fondateur de l'Ecole qui porte ce nom. Il y a ainsi, dans l'œuvre, de longs développements qui ne répondent point au titre : *De Jure belli.* Le contraste a paru si frappant que les commentateurs ont dû se demander quel avait été le véritable but de Grotius et pourquoi il avait choisi un titre en apparence si peu approprié à l'œuvre.

D'après certains — et Barbeyrac paraît être celui qui a le plus contribué à répandre cette opinion — Grotius aurait voulu donner un système complet du droit de la nature et des gens ou, tout au moins, de droit international. Etant donné ce but, l'ouvrage est mal ordonné et le titre faux. On explique cela en disant que Grotius a pensé qu'il convenait de faire pénétrer son livre entre les mains des princes et des rois ; dans ce but, il a affecté d'envisager un sujet qui put attirer leur attention et, « usant d'un innocent artifice », il a donné à son œuvre un titre éclatant pour frapper les esprits. Ainsi les règles du droit de la nature et des gens, qui étaient le principal dans l'esprit de Grotius, sont devenus l'accessoire dans son œuvre, mais avec assez d'importance

pour fournir les matériaux de cette science entière (1).

Cette conception ne nous paraît point exacte et il nous semble beaucoup plus probable que le titre *De Jure belli ac pacis* marque bien l'intention de l'auteur. S'il en était autrement, on ne s'expliquerait pas la petite place faite au droit des ambassades sur lequel s'était déjà portée, comme par prédilection, la littérature juridique antérieure. Il nous paraît bien plutôt que Grotius a voulu étudier le droit de la guerre et lui seul dans son livre. Ses digressions se ramènent toutes à la guerre. S'il parle des modes d'acquérir, des ambassades, des peines, etc., c'est toujours en vue de déterminer quelles sont les justes causes de la guerre entendue dans un sens large et comprenant même la guerre privée. Sans doute, de nos jours, les auteurs qui traitent du droit de la guerre n'entrent point dans l'examen de toutes ces questions ; mais c'est que le progrès de la science juridique a permis une classification meilleure, en suite de laquelle la détermination des différents droits internationaux forme l'objet d'études spéciales avant qu'on n'en arrive au mode violent de réalisation de ces droits. Pour ce qui est du droit naturel, il n'intervient dans l'œuvre de Grotius que comme élément de solution des questions relatives à la guerre ; il ne forme point l'objet principal de ses recherches. Notre auteur n'a point non plus visé à faire un traité complet de droit international (2) : s'il l'avait voulu, il aurait dû sup-

(1) En ce sens, Barbeyrac, préface de sa traduction du *Droit de la guerre et de la paix*, Leyde, 1768, t. I, p. XXII et XXIII ; Caumont, *Etude sur la vie et les travaux de Grotius*, 1862, p. 54 ; Franck, *Réformateurs et publicistes de l'Europe*, XVIIe *siècle*, p. 271-273. — Cpr. Lerminier, *Introduction générale à l'histoire du droit*, 2e édit., Paris, 1835, p. 120 ; Kaltenborn, *Kritik des Völkerrechts*, p. 37. — On fait valoir que cette opinion n'est point contredite par le titre ainsi conçu : *De Jure belli ac pacis libri tres in quibus jus naturæ et gentium, item juris publici præcipua explicantur.*

(2) Le 16 juin 1623, dans une lettre à son frère, il montre son intention d'étudier le droit de la guerre : *Do operam commentationi de jure belli, sed lente satis procedo*, *Epistolæ*, 2e part., ep. 57, p. 771.

primer ses développements sur les droits privés. Cependant, tout en n'ayant pour objet que le droit de la guerre, par sa manière de l'étudier, il est arrivé, comme le fait justement remarquer Neumann (1), à fonder la science du droit de la nature et des gens. C'est là un effet très important

D'autres lettres pourraient faire croire que Grotius voulait étudier, sinon le droit naturel, du moins le droit international dans son ensemble. Lettre du 7 août 1623 à De Thou : *Versor in examinandis contraversiis præcipuis quæ ad jus gentium pertinent. Op. cit.*, 1re partie, ep. 198, p. 71. Lettre du 11 janvier 1624 à Peiresc : *Interim non otior, sed in illo de jure gentium opere pergo. Op. cit.*, 1er part., ep. 201, p. 72. Cependant nous estimons qu'en parlant de *jus gentium* Grotius ne veut pas dire qu'il étudie le droit international dans son ensemble, mais bien qu'il prépare cette partie de son œuvre où il traite des règles fondées sur le droit des gens arbitraire entendu par lui comme l'expression du consentement des nations et qui ne constitue pas tout le droit international : il étudie ce droit des gens arbitraire en ce qui concerne la guerre. L'expression *jus gentium* prêtait à confusion et Peiresc s'y est trompé, comme il apparaît dans une de ses lettres du 12 juillet 1624 : « Je me réjouis grandement d'entendre que M. Grotius ayt achevé son traité *De Jure belli*, ce sera un grand acheminement à la plus grande œuvre *De Jure gentium* qu'il promettait et qui consiste plus en cela qu'en toute autre chose. Je vous supplie de m'entretenir en ses bonnes grâces et le faire esclaircir sur cela scavoir est s'il y a tout comprins ou s'il achevera le reste. » *Lettres de Peiresc aux frères Du Puy*, t. I, p. 40, dans la *Collection des documents inédits pour servir à l'histoire de France*. Cette lettre ne peut donc nous autoriser à penser que Grotius ait eu dessein d'écrire un traité à objet plus large que le *De Jure belli*. Cette question est posée par M. Nys, *Revue de droit international et de législation comparée*, 1892, p. 546. D'ailleurs il convient de remarquer que l'expression *jus gentium* a presque toujours, dans le *De Jure belli*, le sens de droit des gens volontaire ; ce n'est que par exception qu'elle désigne l'ensemble du droit international, comme dans le l. III, ch. XXIII, § 3. C'est un point que Kaltenborn, *Kritik des Völkerrechts*, p. 37 et s., ne paraît pas avoir bien aperçu.

(1) NEUMANN, *Hugo Grotius*, dans Virchow u. Fr. von Holtzendorff, *Sammlung Gemeinverständlicher wissenschaftlicher Vorträge*, Berlin, 1884, XIXe Série, Heft 449, p. 10-11.

sans doute, car c'est lui qui a assuré à l'œuvre son grand succès, mais il n'en est pas moins indirect et n'empêche pas que Grotius ait voulu faire et ait fait un traité du droit de la guerre (1).

Outre la large place ainsi faite aux droits eux-mêmes à côté de la théorie de leur défense armée, un autre trait distingue l'œuvre de Grotius de nos écrits modernes sur le droit de la guerre. L'écrivain hollandais examine, au point de vue du juste, beaucoup plus la conduite de l'homme que celle de l'Etat. A certains égards, sa doctrine paraît beaucoup moins être relative à un droit entre Etats que poser une règle d'action pour chaque homme à propos de rapports internationaux. Cela est dû, peut-être, dans une certaine mesure, à l'influence des théologiens qui avaient été amenés à l'étude du droit de la guerre par la recherche des règles de conduite s'imposant à l'individu ; il nous semble toutefois que cette manière d'envisager les choses vient surtout de ce que, dans le *De jure prædæ*, premier pas de Grotius dans l'étude des questions juridiques d'ordre international, il avait eu à calmer des scrupules de conscience, donc à se placer au point de vue de l'action individuelle.

Cette position particulière apparaît aussi à certains égards, bien que moins largement, dans le *De jure belli*, l'auteur posant certaines règles de conduite individuelle et non de droit international. Il se demande si l'on peut, en conscience, accomplir tels ou tels actes permis par le droit, par exemple si des prisonniers capturés dans une guerre injuste peuvent, en conscience, s'évader (l. III, chap. VII, § 6). Le même point de vue est encore dominant quand l'auteur examine les conditions de la justice de la guerre à l'égard

(1) En ce sens, outre Neumann, déjà cité, Schmauss, *Neues Systema des Rechts der Natur*, Göttingen, 1754, p. 211, 212. Ompteda, *Litteratur des Völkerrechts*, § 54, p. 183, 184 ; Hély, *Etude sur le droit de la guerre de Grotius*, p. 113-115.

du sujet, déclarant qu'on doit s'abstenir de prendre part à une guerre qu'on croit injuste (l. III, chap. XXVI) (1).

Ainsi le point de vue qui allait de soi dans le *De jure prædæ* se retrouve — bien que s'expliquant moins — dans le *De jure belli*. On rencontre l'influence du premier sur le second. Il y a plus : en étudiant attentivement les deux ouvrages on arrive à cette conclusion que, pour écrire le second, Grotius a certainement utilisé le manuscrit du premier ou au moins des notes très étendues tirées de celui-ci. On peut faire à cet égard des rapprochements intéressants. S'agissant de déterminer par les services de quelles personnes la guerre publique ou privée est faite, les §§ 3 et 4 du l. I, chap. V du *De jure belli* présentent une analogie assez grande avec deux passages du *De jure prædæ*, p. 61, 65 et 66. Au sujet de la détermination du propriétaire des prises le § 8, l. III, chap. VI du *De jure belli* se trouve très semblable, avec des références identiques, à un fragment du *De jure prædæ*, p. 139. Poursuivant la lecture des deux œuvres sur ce sujet on trouve bientôt un long développement commun, presque identique, qui forme les §§ 14-21 du *De jure belli*, au même chapitre, et se trouve aux pages 142-152 du *De jure prædæ*.

L'influence d'un ouvrage sur l'autre apparaît ainsi bien clairement. Il n'en est cependant pas moins très vrai que le *De jure belli* conserve toute son originalité. Il a profité de l'ouvrage antérieur, mais ne l'a point servilement suivi. L'objet étudié n'était pas le même dans les deux livres et celui du *De jure belli* était de beaucoup le plus vaste. Déjà nous avons signalé sur quelques points des divergences doctrinales entre ces deux étapes de la pensée de Grotius. La théorie des tempéraments aux rigueurs de la guerre, qui

(1) La même idée inspire encore le chap. XVIII, l. III, consacré à ce que le sujet de l'Etat fait comme particulier dans une guerre publique. Grotius y indique notamment dans quelles limites un sujet qui fait la guerre à ses frais peut, en conscience, conserver les prises que lui attribue l'Etat.

nous apparaît comme l'expression la plus exacte de la pensée de notre auteur, si elle peut se rattacher par quelques points à des idées contenues dans le *De jure prædæ*, n'a cependant trouvé son entier développement que dans le *De jure belli*. Enfin c'est dans cette dernière œuvre que Grotius a construit sa théorie générale du droit, à l'examen de laquelle nous arrivons maintenant et qui a justifié son grand renom scientifique. D'ailleurs, on peut dire avec Rolin-Jaequemyns que si le *De jure prædæ* n'a pas le caractère magistral du *De jure belli*, il eût néanmoins suffit à placer Grotius à côté de Victoria, Ayala, Gentilis (1).

(1) Rolin-Jaequemyns, compte rendu du *De Jure prædæ*. *Revue de droit international et de législation comparée*, 1875, p. 695.

V

THÉORIE GÉNÉRALE DU DROIT DE GROTIUS

Grotius constate que l'homme vit en société et que les différents peuples ont besoin de pratiquer entre eux un commerce mutuel ; cette sociabilité ne peut avoir effet, ce commerce ne peut se maintenir que grâce à l'existence et au respect du droit (1). Le droit est une nécessité dans toute communauté nationale ou internationale. Comme notre auteur remonte toujours aux principes, il lui faut indiquer quelle est la source du droit. Or, à cet égard, sa doctrine a subi une transformation entre le *De jure prædæ* et le *De jure belli*.

D'après le *De jure prædæ*, la source première du droit est toujours une volonté qui le crée en l'imposant soit à autrui, soit à elle-même. Volonté imposant le droit à autrui, c'est Dieu prescrivant aux hommes des règles impératives (2) soit par des oracles, soit par l'ordre qu'il a donné à la nature, le droit naturel n'étant autre que l'impératif de Dieu manifesté suivant ce dernier mode (3). Volonté s'im-

(1) *De Jure belli*, Proleg. § 6, 7, 21-23.

(2) *Quod Deus se velle significarit, id jus est. De Jure prædæ*, p. 7. Cpr. *Epistolæ*, 2e partie, ép. 4, p. 751. La règle de droit peut aussi être imposée par la volonté de l'Etat à l'homme, voyez *De Jure prædæ*, p. 22 et s.

(3) *Dei voluntas non oraculis tantum et extraordinariis significationibus, sed vel maxime ex creantis intentione apparet. De jure prædæ*, p. 8.

posant le droit à elle-même, c'est l'homme qui établit pour lui certaines règles par acte individuel (1) ou collectif (2). L'idée commune est celle d'une volonté qui crée le droit; celui-ci n'est point le résultat direct et immédiat des relations sociales, il n'est pas un « rapport nécessaire dérivant de la nature des choses ». Et cependant, à y regarder de près, il semble qu'on puisse trouver des traces de cette idée dans le *De jure prædæ*. On serait tenté d'y voir parfois l'homme comme déclarant plutôt que comme créant le droit, comme faisant plutôt acte d'intelligence que de volonté. Grotius paraît expliquer le caractère de règles juridiquement obligatoires donné aux décisions émanées du consentement universel, par l'idée qu'elles ne peuvent viser que le bien et le vrai (3) : ce serait leur reconnaître une vertu propre et non leur faire tirer leur force du consentement de tous. La même idée apparaît encore lorsque Grotius, après avoir exposé que celui qui a tiré profit du bien d'autrui doit en indemniser le propriétaire, ajoute que si la *commutatio bonorum* est volontaire, la volonté du créancier fixe le montant de la créance (4), car l'homme est libre et *sui juris*; sur le fondement de cette conception, il établit la règle que l'homme s'oblige par sa volonté. Il semble qu'apparaisse ainsi l'idée que la *commutatio bonorum*, l'opération économique, est par elle-même créatrice des effets juridiques dont l'homme apprécie simplement la nature et l'étendue. Mais Grotius n'insiste pas autrement sur

(1) *Quod se quisque velle significaverit, id in eum jus est. De Jure prædæ*, p. 18.

(2) *Quod consensus hominum velle cunctos significaverit, id jus est. De Jure prædæ*, p. 12. — *Quidquid omnes respublicæ significarunt se velle, id in omnes jus est. Op. cit.*, p. 26.

(3) *Concordia universalis nisi ad bonum et verum esse non potest. De Jure prædæ*, p. 12. De même pour expliquer le caractère obligatoire des lois civiles, il fait valoir l'intérêt de chaque citoyen à la prospérité de l'Etat, *Op. cit.*, p. 21-23.

(4) *Sed cum bonorum commutatio, ut diximus, sit voluntaria, mensura hujus crediti est creditoris voluntas. De Jure prædæ*, p. 18.

cette conception : il se borne à une allusion rapide et peut-être était-elle plus dans ses mots que dans sa pensée (1). Si notre auteur a pu entrevoir sur certains points que le droit aurait sa valeur propre, indépendante d'une volonté créatrice, il n'y a pas insisté autrement et sa doctrine du *De jure prædæ* reste bien fondée sur le concept de la volonté créant le droit. Nous avons cru cependant devoir indiquer ces indices d'une vue différente parce que nous allons retrouver partiellement celle-ci au *De jure belli*.

Dans cet ouvrage, cependant, c'est dans un domaine différent de celui où nous avons cru l'entrevoir au *De jure prædæ* qu'elle nous apparaît. Tandis que l'œuvre de jeunesse fondait le droit naturel sur la volonté divine, le livre de l'âge mûr lui donne une valeur propre, indépendante de l'ordre d'une autorité quelconque. A côté de lui notre auteur laisse d'ailleurs place à un droit volontaire.

Le droit naturel est constitué par les règles que la raison nous fait découvrir comme conformes à la nature de l'homme qui est de vivre en société (2). Il est distinct des lois positives et tire sa force de la nature sociable de l'homme, se trouvant avoir en lui-même sa vertu propre, sans qu'il soit besoin de faire intervenir à sa base un ordre de Dieu, car Grotius déclare que ce qu'il a dit sur l'existence d'un droit naturel fondé sur la sociabilité humaine serait vrai, « même en concédant, ce qui ne peut l'être sans un grand crime, qu'il n'y a pas de Dieu, ou que Dieu ne

(1) Peut-être Grotius ne parle-t-il du créancier fixant le montant de son droit, que comme transition entre le développement sur l'indemnité à fournir au propriétaire pour usage de sa chose et celui relatif à la force obligatoire du consentement individuel ? Quoi qu'il en soit, il nous a paru que son idée, même restant ainsi dans le vague, méritait d'être signalée.

(2) *Jus naturale est dictatum rectæ rationis, indicans actui alicui, ex ejus convenientia aut disconvenientia cum ipsa natura rationali ac sociali, inesse moralem turpitudinem, aut necessitatem moralem. De Jure belli*, l. I, chap. I, § 10. Voy. aussi Proleg., §§ 6 et s.

s'occupe pas des affaires des hommes (1) ». Notre auteur ne considère pas Dieu comme créant directement le droit naturel par une disposition impérative : ce n'est que médiatement que le droit naturel découle de lui, parce que, créateur de la nature, il n'a pas pu vouloir ce qui est en contradiction avec l'ordre de celle-ci. Le droit naturel s'impose à Dieu qui ne peut le modifier (2).

Par cette conception, dont il n'est d'ailleurs pas l'auteur (3), Grotius dégage le droit naturel de la théologie et de la métaphysique. Il en fait matière à une étude scientifique portant sur la nature sociable de l'homme. C'est parce qu'il s'est attaché à cette conception et l'a répandue dans les esprits qu'il a pu être considéré comme le père du droit naturel.

La nature sociable de l'homme est considérée comme immuable ; par suite, le droit naturel va présenter le même caractère. Grotius va considérer les hommes et les choses dans leur aspect physique pour en tirer ses règles de droit naturel : la mer ne pourra être appropriée parce qu'on n'y peut pas planter de bornes et la guerre licite parce que l'homme a des poings. Les caractères physiques de l'homme sont fixes, ses caractères sociologiques sont changeants. S'attachant surtout aux premiers, Grotius construit un droit naturel qu'il déclare immuable (4), et nous verrons qu'il porte ce caractère au point d'appliquer à l'Etat ce droit naturel conçu pour des rapports entre individus.

Ce n'est pas cependant que cette fixité soit absolue : il y

(1) *De Jure belli*, Proleg., § 11.

(2) *De Jure belli*, l. I, chap. I, § 10.

(3) Stahl, *Histoire de la philosophie du droit*, trad. fr., Paris, 1880, p. 100-102, montre que la philosophie du Moyen Age était déjà entrée dans cette voie que devait suivre plus tard Leibnitz par sa célèbre formule : « Si les lois de la géométrie doivent être trouvées nécessaires lors même qu'on nie Dieu, celles du juste sont dans le même cas ».

(4) *De Jure belli*, l. I, chap. I, § 10.

a des institutions de droit naturel qui supposent un certain état de choses ; de ce nombre est la propriété qui fut précédée de la communauté des biens ; de même chacun pouvait, avant l'institution des tribunaux, poursuivre par la force la satisfaction de son droit. Par là s'introduit un élément d'évolution dans le concept de droit naturel : mais Grotius ne s'attache pas fortement à cette idée. Ces éléments changeants sont plutôt des imperfections, des inélégances de sa doctrine que des caractères normaux de celle-ci. Il n'en est pas moins curieux de constater ces brèches au principe de fixité que Grotius doit accepter ; elles sont comme un premier pas — inconscient nous le voulons bien — vers la conception présentée par des auteurs modernes d'un « droit naturel à contenu variable (1) ».

A côté de ce droit naturel ayant sa valeur en lui-même, notre auteur place un droit tirant sa force d'une volonté qui l'impose à elle-même ou à autrui (2). Ce droit volontaire se divise en droit divin établi par la volonté de Dieu, s'adressant soit à tous les hommes soit seulement aux Hébreux et contenu dans les livres saints, et en droit humain. Le droit humain se subdivise en droit civil, émané de la puissance qui gouverne l'Etat, droit moins étendu que le civil, comme l'ordre du père à son enfant, et droit plus étendu que le civil ou droit des gens volontaire qui est le droit international en tant qu'il naît du consentement exprès ou tacite des peuples. Ce droit des gens volontaire oblige les nations, non sur le fondement de l'ordre d'une

(1) « Naturrecht mit wechselndem Inhalte » suivant l'expression de Stammler, *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, Leipzig, 1896, p. 185. Sur ces théories modernes voy. Saleilles, *Ecole historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents*, dans la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 80 et s. Cette conception du droit naturel n'était d'ailleurs pas complètement étrangère aux anciens auteurs : voy. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, 3e édit., Paris, 1903, p. 164, 165.

(2) *De Jure belli*, l. I, chap. I, §§ 13 et s.

autorité supérieure — car il n'y a pas d'autorité humaine supérieure aux Etats — mais en suite de leur consentement. C'est donc un droit positif que nous révèlent les précédents, les usages et les traités. Mais par un singulier tour d'esprit auquel nous avons déjà fait allusion, Grotius va chercher ces précédents, ces usages et ces traités non pas dans les temps les plus rapprochés mais chez les Grecs et les Romains ; il nous laisse ignorer la pratique de son époque mais nous expose avec soin les espèces rapportées par Tite-Live ou Denys d'Halicarnasse. D'après son idée première, son droit des gens arbitraire est l'expression de ce qui est : en réalité, il n'est pas cela, il n'est pas même un tableau exact des usages d'une époque quelconque, puisque les exemples sont pris en des siècles très divers. Si Grotius se tourne ainsi vers les anciens, c'est qu'il pense y trouver des pratiques meilleures, des exemples plus dignes d'être suivis que ceux de son temps (Proleg. § 46). Mais n'est-ce point contradictoire à ses conceptions du droit des gens volontaire? Ce droit est fondé sur l'usage des nations : or, il faut prendre cet usage tel qu'il est : la recherche de règles meilleures n'a rien à faire dans une partie du droit qui, par définition, est la constatation de pratiques existantes. En réalité, dans cette partie de l'œuvre qui devrait avoir un caractère positif, le point de vue philosophique réapparaît ainsi (1). En remontant aux anciens, Grotius nous donne une série de règles qu'on n'est pas en droit de considérer comme reçues de son temps. Parfois l'opposition lui paraît si frappante qu'il la mentionne : il nous dit, par exemple, qu'au XVIIe siècle les chrétiens ne réduisent plus en esclavage leurs prisonniers de guerre (2). Mais à côté de ce cas et de quelques autres, combien de fois Grotius a-t-il omis de si-

(1) KALTENBORN, *Kritik des Völkerrechts*, p. 40, 41.

(2) *De Jure belli*, l. III, chap. VII, § 9. Voy. aussi, pour le droit de postliminie, l. III, chap. IX, § 15, pour l'acquisition des vaisseaux sur l'ennemi, l. III, chap. VI, § 3.

gnaler des divergences marquées ? Il vaudrait mieux pour nous, il serait plus intéressant que son exposé du droit des gens volontaire contînt, suivant le principe même que pose notre auteur, la relation des coutumes internationales de son temps.

Comme le droit naturel s'impose à toutes les volontés, le droit volontaire ne peut pas y toucher : les règles du second ne peuvent pas contredire celles du premier. Ce n'est pas cependant qu'il ne puisse y avoir une répercussion de l'un sur l'autre. Grotius distingue en effet, parmi les règles du droit naturel, celles qui ordonnent ou défendent, de celles qui permettent quelque chose (1). Les premières seules sont impératives et ne peuvent être changées par le droit volontaire qui peut, au contraire, modifier les autres. Même s'agissant des règles impératives du droit naturel, elles peuvent sinon être contredites, du moins être écartées par le droit volontaire, si celui-ci enlève la matière à leur application. Ainsi, je puis renoncer à une créance, de sorte que la règle de droit naturel qui ordonne de payer ses dettes ne trouve plus son application (2). Cette renonciation peut être contenue par avance dans une règle de droit volontaire : c'est ainsi que Grotius explique l'incapacité de contracter du mineur sorti de l'*infantia* (3). Alors le droit volontaire rend indirectement inefficace la loi naturelle en enlevant la matière propre à son application.

La même idée se retrouve, bien qu'avec un système plus compliqué, à la base de ce qui est permis dans la guerre par le droit des gens arbitraire. La règle fondamentale de celui-ci qui permet aux deux belligérants de commettre des actes hostiles dans une guerre en forme doit se comprendre de la façon suivante. D'après le droit naturel, le

(1) *De Jure belli*, l. I, chap. II, § 5. Lettre à son frère du 18 mai 1615, *Epistolæ*, 2e partie, ép. 4, p. 752.

(2) *De Jure belli*, l, I, chap. I, § 10.

(3) Lettres à son frère. *Epistolæ*, 2e partie, ép. 6 et 12, p. 753 et 756-758.

belligérant dont la cause est injuste commet, en combattant, une action injuste et se rend ainsi punissable. Mais le droit des gens retire à l'autre partie le droit de punir son adversaire à raison des faits de guerre. Ceux-ci ne deviennent pas licites en eux-mêmes, mais les nations s'engagent à les considérer comme tels, renonçant aux droits qu'elles auraient en vertu du caractère illicite de ces actes (1).

Il y a là une argumentation bien compliquée, purement formelle croyons-nous et peu convaincante. Sans doute la remise de dette empêche l'application de la règle de droit naturel qui ordonne de tenir ses engagements ; mais c'est qu'alors l'obligation a été suffisamment remplie d'après l'appréciation de l'intéressé, du créancier. On ne peut conclure de ce cas à la légitimité d'une renonciation anticipée aux droits subjectifs susceptibles de naître par application d'une norme de droit naturel. Ce serait, en réalité, supprimer la valeur juridique de la norme elle-même. Et c'est ce que fait Grotius. Qu'est-ce, en effet, que la prétendue immutabilité d'une règle dont on écarte par avance l'application ? Qu'est-ce que cette règle elle-même dont on supprime les effets pour la réduire à une sorte d'existence purement métaphysique ? Pratiquement, on aboutit à restreindre grandement, presque à supprimer l'importance du droit naturel qu'on avait conçu cependant comme la base nécessaire de l'ordre social. Grâce à l'idée de renonciation à un droit subjectif de droit naturel, le droit des gens volontaire pourra réduire l'effet propre du droit naturel aux seuls droits inaliénables, à bien peu, par conséquent, puisque Grotius n'y fait même pas rentrer la liberté personnelle. Et ainsi on sera presque forcément amené à penser que les prérogatives de droit naturel tirent surtout leur valeur de ce fait que le droit volontaire n'y a pas fait renoncer.

Logiquement, il y a là une inélégance grave qui entache le système. Entre ces deux séries de normes juridiques,

(1) *De Jure belli*, l. III, chap. IV, §§ 2 et 3.

conçues comme naissant de sources différentes, une première pénétration se réalise et, chose singulière, ce sont les règles les moins élevées, semble-t-il, celles qui devraient être subordonnées aux autres, qui vont écarter les plus dignes. Mais qu'on ne s'en tienne pas là : les règles de droit naturel écartées un instant vont voir se réaliser, à leur profit cette fois, une nouvelle pénétration d'un droit sur l'autre. Ici ce ne sera pas un nouveau défaut de logique mais bientôt plutôt une atténuation à l'inélégance première. C'est que les règles de droit naturel sont conçues comme fixes, immuables ; écartées par l'usage qui fait loi dans les rapports extérieurs, elles n'en conservent pas moins leur valeur propre et obligent l'homme dans son for intérieur. Le droit des gens arbitraire tient pour juste l'acquisition dans une guerre en forme de tous les biens ennemis ; le droit naturel n'admet une telle acquisition que dans la limite de la satisfaction légitime due à celui qui l'effectue et ce droit naturel oblige en conscience. Grotius indique, à côté des permissions du droit des gens volontaire, ce que chacun est tenu de faire en conscience. Par là réapparaît le droit naturel comme critique des usages reçus et comme règle impérative au moins dans le for intérieur. Il fait, en partie, le fond des tempéraments à observer dans la conduite des hostilités. La règle de droit naturel s'imposant à la conscience devient ainsi un moyen d'arriver à l'amélioration des usages constitutifs du droit des gens arbitraire ; par là se réalise la collaboration, dans le droit international, de l'élément positif qui fournit les résultats acquis, l'expression des réalités, la meilleure garantie contre les rêveries utopiques et de l'élément philosophique qui critique le premier pour le guider dans la voie du progrès. D'ailleurs, chez Grotius, la collaboration du droit naturel et du droit des gens volontaire est encore bien restreinte, n'étant point mise à la disposition de la doctrine mais seulement de la pratique ; c'est seulement en suite de l'établissement d'usages que le droit naturel pourra acquérir va-

leur externe. Cette conception de notre auteur renferme-t-elle en soi le principe de progrès indéfinis par la consécration croissante du droit naturel par le droit des gens volontaire? La négative devra s'imposer si l'on songe que ce droit naturel, tiré par voie déductive d'une certaine conception de la nature sociable de l'homme, conçu comme fixe et immuable n'est pas adapté au caractère changeant des rapports sociaux.

VI

THÉORIE GÉNÉRALE DE L'ÉTAT DE GROTIUS

Le *De Jure belli* n'ayant pour objet, comme nous l'avons dit, que le droit de la guerre, Grotius ne fut amené que par incident à parler de l'Etat, à propos de la détermination de ce qu'il faut entendre par guerre publique ; encore ne le fait-il là que d'une façon restreinte et doit-on rechercher dans toute son œuvre les éléments permettant de construire sa théorie générale de l'Etat. Comme principe, Grotius admet la doctrine de contrat social, qu'il n'expose pas dans son ensemble comme un point sur lequel il aurait porté spécialement son attention, mais que des allusions suffisamment précises font apparaître comme adoptée dans son esprit (1). Il fonde le droit civil sur le caractère obligatoire des promesses d'après le droit naturel : chacun s'est engagé, en formant un groupe social, à obéir aux décisions du groupe ou de la majorité (2). Il définit l'Etat en faisant in-

(1) Sur les origines de la doctrine du contrat social, voy. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, 2e édit., Paris, 1903, p. 173, 174 ; Gierke, *Johannes Althusius und die Entwickelung de rnaturrechtlichen Staatstheorien*, 2e édit. Breslau, 1902, p. 76 et s.

(2) *Nam qui se cœtui alicui aggregaverant, aut homini hominibusque subjecerant, hi aut expresse promiserant, aut ex negotii natura tacite promisisse debebant intelligi, secuturos se id quod aut cœtus pars major, aut hi quibus delata potestas erat, constituissent. De Jure belli*, Proleg. § 15. Voy. aussi l. II, ch. v, § 17.

tervenir l'idée d'association de personnes libres, *cœtus perfectus liberorum hominum, juris fruendi et communis utilitatis causa sociatus* (1). L'idée de la formation de la *civitas*, de la *respublica* par le consentement de ceux qui en vont devenir les citoyens apparaissait déjà, et dans des termes encore plus nets, dans le *De Jure prædæ*. Grotius y exposait que les hommes vivant sous l'empire de la loi naturelle et sans autorité supérieure — c'est l'état de nature — étant impuissants à se défendre contre la mauvaise foi et les méfaits de certains d'entre eux, formèrent des sociétés particulières au milieu de la grande, pour écarter ces inconvénients et ces dangers. Ce fut là l'effet d'un consentement réciproque (2).

Le but de l'Etat a donc été de mieux défendre les droits antérieurs des hommes, de mieux assurer, par la coopération, la satisfaction des besoins de chacun. Pour ce faire, l'Etat reçut des hommes qui le créaient des droits qui se ramènent à deux groupes : d'une part on a transféré à l'Etat certains droits subjectifs constituant des modes d'action d'un individu contre un autre pour obtenir la satisfaction de ses prétentions légitimes. Ainsi, dans l'état de nature, il était permis à chacun de punir celui qui l'avait offensé ou de poursuivre par la force la réalisation de son droit : dans l'état social, le droit de punir et de procéder à l'exécution forcée a été transféré par les individus à l'Etat (3). En second lieu, l'Etat a reçu de ses membres certains droits sur ceux qui les lui concédaient : c'est ainsi que chacun s'est engagé à obéir aux ordres de l'Etat (4). Ces derniers

(1) *De Jure belli*, l. I, chap. I, § 14. Voy. aussi l. II, chap. v, § 23 ; au § 24, Grotius résout la question du droit d'émigration et de dénationalisation d'après une analogie avec les sociétés privées.

(2) *Hæc igitur minor societas consensu quodam contracta. De Jure prædæ*, p. 19.

(3) *De Jure prædæ*, p. 89-92. *De Jure belli*, l. II, chap. xx, § 40.

(4) *De Jure belli*, Proleg. § 15 ; l. II, chap. v, § 17. Certains droits sont refusés à l'Etat parce que le sujet n'a pu les lui transférer :

droits ne peuvent exister que contre les sujets, car eux seuls ont pris un engagement créateur de telles prérogatives au profit de l'Etat. Au contraire, les droits du premier genre pourront être exercés contre un étranger, car ces droits ne sont pas créés par le citoyen instituant l'Etat mais transférés à celui-ci par celui-là pour être exercés plus efficacement, et on les suppose résulter du droit naturel. Le *De Jure prædæ* nous fait l'application de cette distinction : d'une part, en effet, il nous dit que l'Etat a le droit de punir les étrangers, car c'est l'exercice du droit de punir du citoyen lésé que va exercer l'Etat. D'autre part, l'Etat agissant envers un sujet étranger ne se présente pas comme un souverain ; il ne peut invoquer contre lui les règles du droit civil ; il agit comme ferait un individu vis-à-vis d'un autre dans l'état de nature, donc à titre de simple puissance physique (1). Les étrangers ne sont donc pas, en principe, tenus d'obéir aux ordres de l'Etat : ils n'y sont obligés que dans la mesure où, par leur présence même sur le territoire, ils peuvent être considérés comme liés par une promesse tacite à cet égard.

On pourrait croire que Grotius abandonne cette conception, qu'il considère l'Etat comme doué, en vertu de son existence, d'un droit général de punir plus étendu

ainsi le droit de punir un innocent parce que nul ne peut disposer de sa propre vie ; *op. cit.*, l. III, chap. II, § 6.

(1) *Respublica non tantum subditos sibi ob maleficium punit, sed etiam extraneos. In hos autem potestatem non habet jure civili, ut quod cives tantum consensu obliget. Habet igitur ex jure naturæ seu gentium. De Jure prædæ*, p. 91. Voy. aussi p. 27 : *De Jure belli*, l. II, chap. XX, § 40. Gierke, *Johannes Althusius*, p. 99, 100, considère comme une idée originale d'Althusius la conception qui donne comme source aux droits souverains de l'Etat les droits individuels. Althusius publia sa *Politique*, en 1603 ; or, Grotius ne paraît pas l'avoir connue lors de la composition du *De Jure prædæ*, qui n'est que de peu postérieur. Et cependant notre auteur présente ici la même doctrine qu'Althusius. Ne peut-on conjecturer qu'il y avait là une idée déjà répandue sinon développée dans les livres ?

que celui dont les individus auraient pu le doter, quand on voit notre auteur lui reconnaître compétence pour punir les violations graves du droit naturel dont ni lui ni ses sujets n'auraient souffert (1). En réalité, il ne voit là que l'exercice par l'Etat d'un droit appartenant antérieurement aux individus et que ceux-ci lui ont transféré. Il a déclaré déjà, en effet, qu'il était naturellement permis à tout homme de tuer un meurtrier : l'Etat n'a fait que se substituer ici encore à l'action individuelle (2).

L'idée contractuelle, mise par Grotius à la base de la société politique, emporte ses conséquences quant aux modifications de l'Etat. C'est en s'appuyant sur elle que notre auteur refuse à l'Etat le droit d'aliéner une province sans le consentement des habitants de celle-ci. Le lien contractuel obligeant de part et d'autre, une province n'aura pas le droit de sécession, si ce n'est en cas de nécessité, exception qui n'est point admise lorsque l'Etat veut aliéner une de ses parties qui s'y refuse. L'inégalité sur ce dernier point vient de ce que la province, en s'incorporant à l'Etat, a dû réserver pour le cas de nécessité le droit de vie séparée qu'elle avait antérieurement, tandis que, pour l'Etat, la faculté d'aliénation ne correspondant à aucun droit préxistant à l'union, n'a pu être réservée (3).

S'agissant des causes d'extinction de l'Etat, la conception contractuelle domine encore. Grotius déclare que si un peuple quitte le pays qu'il occupe pour aller en habiter un autre, ce peuple ne cesse pas d'exister (4). La doctrine mo-

(1) *De Jure belli*, l. II, chap. xx, § 40.

(2) *De Jure belli*, l. I, chap. II, § 5.

(3) *De Jure belli*, l, II, chap. VI, §§ 4-8 ; l, III, chap. xx, § 5. Grotius interprète le contrat social en ce sens qu'en principe l'individu aurait le droit de quitter l'Etat : mais il pose des restrictions à ce droit, *op. cit.*, l. II, chap. V, § 24.

(4) *At vero si loco migraverit populus, sive sponte... sive coactus... si species quæ dixi maneat, populus esse non desinit. De Jure belli*, l. II, chap. IX, § 7.

derne dirait, au contraire, qu'il y a extinction de l'ancien Etat et création d'un nouveau. La solution de Grotius s'harmonise très bien avec la conception contractuelle ; le contrat a créé entre certains individus un lien qui donne naissance à l'Etat et qui ne dépend pas du lieu où ces individus sont installés. La doctrine moderne, qui écarte l'idée de contrat, voit dans le territoire un élément essentiel de l'Etat (1).

Grotius a dû, lui aussi, déterminer quel était le rapport existant entre l'Etat et le territoire. Pour lui, l'Etat a sur le territoire un droit de propriété et un droit de souveraineté ; il reconnaît l'existence de ces deux droits au point de vue international. Parfois, parlant du droit de l'Etat sur son territoire, il lui applique les principes posés pour la propriété privée ; ayant exposé que la nécessité donne à chaque homme un droit sur la chose appropriée par autrui, il applique cette idée au fait de s'emparer d'une ville neutre au cours d'une guerre (2). Il fonde le libre passage dans les eaux d'un Etat étranger sur le droit de tirer du bien d'autrui une utilité innocente, vestige de la communauté primitive (3). Quand, étudiant les conséquences de la propriété, il parle de l'obligation de rendre la chose à son propriétaire, on le voit citer, parmi les exemples, celui d'une forteresse enlevée par les Lacédémoniens (4). Il montre enfin le droit de l'Etat s'acquérant de la même façon que la propriété (5).

Tout cela fait apparaître que Grotius considère le droit de l'Etat sur son territoire, au point de vue international, comme un droit de propriété. Notre auteur a cependant vu que le droit de l'Etat ne pouvait être construit comme la

(1) Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, 3e édit., p. 28. L'auteur y fait précisément intervenir l'élément territoire pour différencier l'Etat des autres groupements.

(2) *De Jure belli*, l. II, chap. II, § 10.

(3) *De Jure belli*, l. II, chap. II, §§ 11 et s.

(4) *De Jure belli*, l. II. chap. X, § 1.

(5) *De Jure belli*, l. II, chap. II, §§ 3 et s. ; l. III, chap. VIII, § 1.

propriété, qu'il différait de la prérogative exclusive d'un individu sur un bien avec faculté de jouir et d'aliéner, qu'il contenait autre chose : la souveraineté. La distinction est particulièrement mise en lumière en ce qui touche la mer. Grotius, dans la partie du *De Jure prædæ* qui devint le *Mare liberum*, s'était notamment attaché à démontrer que les Portugais n'étaient point propriétaires de la mer des Indes, car la mer ne peut être appropriée (1). Il estimait que se placer à ce point de vue, sans examiner la question de souveraineté, était suffisant, puisqu'il s'agissait d'apprécier la prétention à un droit exclusif de commerce et de passage, prétention d'ordre purement économique, rentrant dans la sphère des droits qui peuvent être attachés à la propriété et étrangère à l'idée de souveraineté. Mais Welwod, dans sa réfutation du *Mare liberum*, fit intervenir cette dernière idée. Grotius, dans la *Maris liberi Defensio adversus Welwodum* revient très longuement sur la question de propriété des mers, puis ajoute que c'est à tort que son adversaire a fait intervenir ici la souveraineté (*imperium et jurisdictio*). Cependant, Grotius consent à le suivre sur ce terrain. Il distingue la souveraineté appartenant à quelqu'un à titre commun de celle qui lui appartient à titre propre. Tous les princes et peuples ont, en commun, le droit de punir les pirates qui violent le droit des gens. La souveraineté appartenant en propre vise les personnes ou le territoire. La souveraineté personnelle donne pouvoir au prince sur ses sujets se trouvant en mer. Mais il n'y a pas de juridiction territoriale réelle sur la mer. Y en eût-il une, cela ne trancherait pas en faveur du prince qui en serait investi la question du droit exclusif de pêche ou de navigation, car si

(1) *De Jure prædæ*, p. 214-242. *Mare liberum*, chap. v-vii. Le point de vue de la souveraineté sur la mer ne lui échappe cependant pas complètement ; il y fait une allusion, p. 230, se bornant à dire que les Portugais ne sont pas, en fait, souverains de la mer des Indes et que le souverain d'une mer ne doit pas en empêcher l'usage commun.

le prince avait une juridiction réelle sur la mer, ce serait pour en assurer la communauté et non pour en fermer l'usage aux autres (1). Dans le *De Jure belli*, notre auteur repousse encore la possibilité d'une appropriation de la mer, mais, modifiant sur ce dernier point sa doctrine ancienne, il déclare qu'on peut avoir la juridiction sur une partie de la mer sans en avoir la propriété (2). Quoi qu'il en soit de ce changement, l'idée demeure que l'Etat a, ou peut avoir, sur l'espace où il exerce son activité et dans les rapports internationaux, un droit de propriété et un droit de souveraineté.

La distinction de ces deux droits n'est pas toujours très nette chez Grotius. Il semble qu'il soit parti de l'idée que le droit de l'Etat est, au point de vue international, un droit de propriété, semblable à celui de l'individu sur son bien. Mais il a vu que l'analogie n'était point complète et, pour expliquer les prérogatives propres de l'Etat, il a placé, à côté de ce droit de propriété, un droit de souveraineté. Si l'on songe au temps où il écrivait, à peine osera-t-on lui reprocher de n'être point allé assez loin, de n'avoir pas su voir que la souveraineté est tout le droit de l'Etat sur son territoire au point de vue international et que vouloir construire ce droit par des analogies avec la propriété, c'est entrer dans une voie dangereuse, parce que ces analogies ne sont que de surface, le fondement, le contenu, et, par suite, la nature de ces deux droits étant différents.

Cette critique, si on la faisait, pourrait prendre une portée plus générale. Malgré les différences entre l'Etat et l'individu, Grotius applique au premier le droit naturel conçu en dehors de lui, puisqu'il résulte de la nature de l'homme et non de celle de l'Etat, puisqu'il régit les rapports humains même en l'absence de toute organisation étatique (3). C'est là une conséquence nécessaire de la fixité du droit naturel. Les

(1) *Maris liberi Defensio*, dans Muller, *Mare clausum*, p. 360-361.
(2) *De Jure belli*, l. II, chap. III, § 13.
(3) Kaltenborn, *Kritik des Völkerrechts*, p. 42.

règles qui s'imposent aux nations en l'absence de leur consentement sont toutes celles et seulement celles qui s'imposent à l'homme dans ses rapports avec ses semblables. Il est facile de penser qu'il y a là une source d'erreurs, car ce droit naturel ne tient pas compte des caractères propres de l'Etat, de ses fins particulières qui doivent lui faire attribuer des droits et imposer des devoirs différents de ceux des individus. La science moderne l'a bien compris, puisque chaque auteur fonde sa doctrine juridique internationale sur certains droits fondamentaux des Etats : or, nous ne trouvons pas chez Grotius de théorie des droits fondamentaux des Etats.

L'application pure et simple aux rapports entre Etats du droit naturel fondé sur la nature de l'homme emporte une conséquence grave en matière de droit international privé. Celui-ci suppose l'application à un individu d'une loi rendue par un Etat autre que celui auquel il ressortit. Or, qu'en est-il d'après la conception de Grotius ? Selon lui, les lois civiles tirent leur force du contrat social initial et, par suite, n'obligent que ceux qui ont donné leur consentement, soit par une adhésion expresse ou tacite, en qualité de nationaux, soit par une soumission aux lois ou à certaines lois du pays, c'est le cas d'étrangers qui s'établissent sur le territoire ou qui, en contractant, se réfèrent à la loi de l'autre partie. En dehors de cela, l'étranger ne peut se voir opposer le contrat social auquel il n'a point participé, ni les lois qui en résultent : un Etat n'est pas en droit de lui imposer sa loi ; et, de même, un individu n'a pas le droit d'exiger que sa loi personnelle le suive, à certains égards, en pays étranger pour régler ses rapports avec les habitants de ce pays, car il ne peut leur imposer son contrat social national, ni les lois qui en sont la conséquence. En laissant de côté le domaine de ce que la doctrine moderne appelle la loi d'autonomie, d'après les principes de Grotius, un Etat ne serait pas tenu d'appliquer, dans certains cas, la loi étrangère et il ne serait pas en droit d'imposer sa propre loi à un étranger.

Mais alors, comment vont se régler les litiges de cet ordre ? Un premier moyen de se tirer d'embarras sera trouvé dans le droit des gens volontaire. Les Etats pourront convenir de la loi applicable à telle situation et, dès lors, cette loi aura effet international. En l'absence de traité, cette règle peut être consacrée par l'usage. C'est le consentement libre d'un Etat qui permettra l'application d'une loi étrangère aux ressortissants de cet Etat. Ainsi les principes de Grotius devaient logiquement conduire à la théorie de la *comitas gentium* exposée par Jean Voet (1), théorie jugée, à bon droit, insuffisante, puisqu'elle n'impose pas à l'Etat d'obligation quant à l'application des lois étrangères : tout dépend de son bon plaisir qui ne peut être limité que par des traités. Or, ce n'est qu'à l'époque la plus récente que le droit international privé conventionnel a pris quelque importance.

Grotius a-t-il aperçu cette insuffisance de l'élément volontaire ? On pourrait le conjecturer, car, dans les rares passages où, à notre connaissance, il touche au droit international privé, nous le voyons prendre une autre direction, celle-ci très intéressante. En l'absence d'un accord exprès ou tacite, les rapports juridiques entre individus de nationalité différente seraient régis directement par le droit naturel. S'agissant d'une promesse faite par un particulier à un ennemi, Grotius déclare qu'un mineur qui sait ce qu'il fait ne peut s'en dégager en invoquant son âge, car l'exception de minorité est de droit civil (2). D'autre part, s'appuyant sur l'opinion de Vasquez, il dit que la prescription, création du droit civil, ne peut, en principe, avoir effet entre deux rois ni entre

(1) Si les principes de Grotius doivent conduire à la théorie de la *comitas gentium*, nous devons dire que nous n'avons pas trouvé cette application chez lui. Nous nous bornons simplement à montrer ici les conséquences logiques de son système. Sur la doctrine de Jean Voet, voy., Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. II, p. 99, 103-106.

(2) *De Jure belli*, l. III, chap. XXIII, § 3.

deux sujets de princes différents (1). En conséquence, il supplée à l'absence d'usucapion par des considérations de droit naturel tirées de l'idée de l'abandon tacite que fait de sa chose un propriétaire. Il est facile d'entrevoir les difficultés insurmontables auxquelles on se heurterait en entrant dans cette voie, difficultés d'autant plus grandes que ce droit naturel est conçu comme fixe, immuable, alors que les rapports sociaux qu'il prétendra régir sont perpétuellement changeants. A cet égard donc, il paraît insuffisant de fonder les droits de l'Etat sur une conception contractuelle.

Jusqu'ici, nous n'avons rien vu qui permît de distinguer l'Etat des autres sociétés. Les attributs que la volonté individuelle lui donne pourraient être par elle conférés à un groupe qui ne serait point l'Etat. Le groupe prendra le caractère d'Etat quand il sera indépendant de toute autre puissance humaine; alors il sera investi de la souveraineté (2).

L'Etat est le sujet commun de la souveraineté : au sujet commun Grotius oppose le sujet propre, variable suivant la constitution de chaque nation et qui peut être un prince ou le peuple, une ou plusieurs personnes (3). Il y a là, sous une forme un peu scolastique, une distinction très importante entre l'Etat et le gouvernement, l'un étant étudié par

(1) *Id jus (usucapiendi) cum lege civili sit introductum... locum habere non potest, ut censet Vasquius, inter duos populos liberos, aut reges, populumve liberum et regem : imo ne inter regem quidem et privatum ipsi non subditum, nec inter duos diversorum regum aut populorum subditos, quod verum videtur, nisi quatenus res vel actus tenetur territorii legibus. De Jure belli*, l. II, chap. IV, § 1. Voy. le commentaire de Cocceius sur ce §, dans l'édition de Lausanne, 1751, t. II, p. 179.

(2) *Respublica autem intelligi debet, quæ est* αὐταρχής, *sufficiens sibi et totum aliquod per se... De Jure prædæ*, p. 62. — *Summa autem illa (potestas) dicitur cujus actus alterius juri non subsunt, ita ut alterius voluntatis humanæ arbitrio irriti possint reddi. De Jure belli*, l. I, chap. III, § 7.

(3) *De Jure belli*, l. I, chap. III, § 7 et s.

le droit international public et l'autre surtout par le droit constitutionnel. D'ailleurs Grotius, bien que faisant œuvre d'internationaliste, a envisagé plus spécialement le sujet commun de la souveraineté ; il a parfois rattaché au prince des idées qui doivent être étudiées en considérant l'Etat (1). Il faut voir là un reflet des conceptions patrimoniales de l'Etat.

Le sujet propre de la souveraineté, c'est l'individu ou le groupe investi de l'autorité suprême dans l'Etat. Ce peut être le peuple, mais ce n'est pas forcément lui. Cependant l'idée contractuelle devait conduire à penser que les droits aliénés par chaque individu et qui, réunis, forment la souveraineté, appartiennent au peuple. C'est bien le point de départ, mais notre auteur ne s'en tient pas là. Suivant lui, la souveraineté n'est pas inaliénable. Le peuple a pu s'en dépouiller en en conférant la substance, et non pas seulement l'exercice, au prince ; celui-ci aura pu aussi en devenir titulaire à la suite d'une guerre juste (2). Ainsi, en outre du contrat social, aura pu se produire un contrat translatif de la souveraineté au prince et faisant acquérir à celui-ci des droits propres opposables au peuple (3). Ainsi, le pouvoir politique est envisagé comme un droit plutôt que comme une fonction; il peut parfois, contrairement à l'idée moderne, être établi dans l'intérêt des gouvernants, et non dans celui des gouvernés. D'ailleurs, il n'intervient pas toujours une aliénation de la souveraineté entière au profit du chef de l'Etat ; il se peut qu'elle reste en tout ou en partie au

(1) Par exemple il rattache à l'étude du sujet propre de la souveraineté la question de savoir si la qualité souveraine appartient à un allié inférieur dans une alliance inégale ou à un Etat tributaire ou feudataire. *De Jure belli*, l. I, chap. III, §§ 21-23.

(2) *De Jure belli*, l. I, chap. III, § 8. Grotius invoque notamment cette idée que de même qu'un individu peut aliéner sa liberté en se rendant esclave, de même un peuple peut aliéner la souveraineté.

(3) Sur l'origine et la fortune de cette théorie du contrat de souveraineté que Grotius n'a fait qu'emprunter à des auteurs antérieurs, voyez GIERKE, *Johannes Althusius*, p. 77 et s.

peuple qui, alors, en sera le sujet propre. Dans ce cas le prince, au lieu d'être titulaire de la souveraineté ne sera plus que commis à son exercice : c'est la seule conception qui fut plus tard acceptée par Rousseau en écartant la première.

Etant posée cette distinction entre le sujet commun et le sujet propre de la souveraineté, étant admis que le prince peut être, plus ou moins largement, investi de la puissance étatique, il en résulte que, d'une part, obéissance est due par le sujet à l'Etat dans les termes du contrat social, c'est-à-dire, d'après Grotius, au point de permettre la résistance passive et elle seule aux ordres contraires au droit naturel ou divin (1), et que, d'autre part, obéissance est due par le peuple au prince dans la mesure des droits à lui concédés par le contrat de souveraineté, la résistance active étant permise en cas d'empiètement du prince. Or, en principe, le prince bénéficiaire d'une aliénation totale de la souveraineté se trouve réunir en lui toute la puissance de commander de l'Etat et la résistance active à ses ordres, même injustes, sera par suite illicite (2). Cela vient de ce que ce prince s'identifie avec l'Etat ; mais que cette identification cesse et le droit de lui résister réapparaît, parce qu'alors le sujet propre de la souveraineté ce n'est plus le prince, mais un autre organe de l'Etat, l'assemblée des représentants des divers ordres ou le peuple, par exemple. C'est pourquoi la résistance devient licite contre un prince qui abandonne le gouvernement ou qui se montre ennemi de tout le peuple (3). S'agissant d'un prince investi seulement d'une portion de la souveraineté, comme il partage avec un autre organe, peuple ou Sénat, le titre de sujet

(1) *De Jure belli*, l. I, chap. IV, § 1.

(2) *De Jure belli*, l. I, chap. IV, §§ 1-6.

(3) *De Jure belli*, l. I, chap. IV, §§ 9, 11. Cpr. *De Jure prædæ*, p. 272-274 : Grotius y dit que le prince qui attaque l'Etat cesse d'être prince. Il invoque à l'appui de son sentiment l'opinion de ceux qui pensent que le Pape hérétique cesse d'être Pape.

propre de la souveraineté, il ne s'identifie plus avec l'Etat quant aux restrictions à ses pouvoirs, et la résistance à ses empiètements devient licite (1).

Grotius a, par ailleurs, tiré parti de sa distinction du sujet commun et du sujet propre de la souveraineté. A certains égards, il a vu que dans les rapports internationaux c'était le sujet commun qui était en jeu. Aussi reconnaît-il l'idée de l'unité et de la perpétuité de l'Etat malgré les changements dans le gouvernement (2) et déclare-t-il qu'un traité ne doit pas, par cela seul qu'il est signé par un roi, être considéré comme borné, dans ses effets, à la vie de ce monarque (3). Et cependant il n'a pas tiré de la distinction tout ce qu'elle renfermait. Il ne s'est pas nettement attaché à l'idée que le sujet du droit international c'est l'Etat et non le prince ; il admet, en effet, qu'un belligérant peut avoir pour adversaire le prince et non l'Etat et il en tire cette conséquence que le vainqueur ne pourra acquérir la souveraineté que dans la mesure où le prince vaincu la possédait sur son peuple ; au contraire, si la souveraineté appartenait au peuple et que celui-ci fût vaincu, l'acquisition porterait sur la souveraineté entière (4). De même, notre

(1) *De Jure belli*, l. I, chap. IV, § 8. C'est en visant une hypothèse de ce genre, bien qu'avec des formules absolues, que Grotius dit, dans le *De Jure prædæ*, p. 283, 284, que l'Etat ne peut pas plus être rebelle qu'un homme se faire injure à lui-même.

(2) *De Jure belli*, l. II, chap. IX, § 8. Sur l'idée, admise encore au XVIe siècle dans la monarchie française, de la souveraineté fragmentaire, s'interrompant à la mort du roi, voy. ESMEIN, *Eléments*, p. 2, n. 3 et les références à Bodin.

(3) *De Jure belli*, l. II, chap. XVI, § 10.

(4) *De Jure belli*, l. III, chap. VIII, § 1. Cette solution a peut-être été inspirée par l'idée, admise par Grotius, que la guerre peut être faite soit contre l'Etat, soit contre un particulier. La guerre contre un prince envisagé comme particulier peut amener l'adversaire vainqueur à acquérir les biens du prince vaincu et notamment la souveraineté dans la mesure où celui-ci la possédait. On peut rapprocher aussi cette solution de l'état de droit résultant des réserves

auteur abandonne la juste application de sa distinction quand il rattache au prince et non à l'Etat la question de savoir si la qualité souveraine appartient à un tributaire, à un vassal ou à un allié inférieur dans une alliance inégale (1).

L'exposé de la théorie générale de l'Etat de Grotius ne saurait être complet si l'on ne faisait intervenir l'idée religieuse. Grotius n'admet de rapports pacifiques qu'entre Etats unis par une certaine communauté religieuse, car il permet de punir ceux qui ne croient pas à quelque divinité veillant sur les affaires des hommes et de leur faire la guerre pour ce motif. Mais ce degré de croyance étant réalisé, le droit de guerre cesse avec celui de punir et Grotius n'admet point l'emploi de la contrainte comme moyen de propagande chrétienne (2). Les droits des infidèles doivent être respectés (3). Notre auteur va plus loin : il considère comme licites les alliances avec les infidèles (4). Et toutefois il donne en quelque sorte aux Etats non chrétiens un rang inférieur. L'alliance avec eux est licite, mais il faudra prendre garde de ne pas trop les fortifier par ce moyen. On peut entretenir des relations avec eux, mais il faut craindre qu'un commerce trop suivi n'expose à la corruption les âmes faibles (5). Notre auteur estime que les Etats chrétiens sont unis entre eux par les liens d'une

contenues dans les anciens traités d'annexion, surtout antérieurs à Grotius. On y maintenait l'organisation locale en stipulant la réserve des droits des évêques, seigneurs et villes, qui avaient acquis certains droits de souveraineté. Le prince ne cédait que les droits de suzeraineté qu'il avait.

(1) *De Jure belli*, l. I, chap. III, §§ 21-23.

(2) *De Jure prædæ*, p. 312, 313. Il invoque là le concile de Tolède, saint Thomas, les dominicains espagnols, le pape Paul III et Charles-Quint. — *De Jure belli*, l. II, chap. XX, §§ 46-48.

(3) *De Jure prædæ*, p. 209. — *De Jure belli*, l. II, chap. XXII, § 10.

(4) *De Jure belli*, l. II, chap. XV, §§ 8-10. *De Jure prædæ*, p. 298, 299.

(5) *De Jure belli*, l. II, chap. XV, § 11.

solidarité particulièrement étroite, qu'ils se doivent un mutuel appui en cas d'attaque venant d'un ennemi de la religion (1). Grotius voudrait pour les puissances chrétiennes la tenue de congrès où seraient tranchés leurs conflits (2). D'ailleurs, il ne distingue pas entre les différentes confessions chrétiennes et il écarte la persécution des hérétiques (3).

Tous ces caractères qui, réunis, permettent d'élever la théorie générale de l'Etat d'après Grotius sont épars çà et là dans son œuvre. Il y a chez lui une tendance marquée à considérer l'individu plutôt que l'Etat et sa conception de la communauté internationale vise plutôt une communauté humaine que la société des Etats (4).

(1) *De Jure belli*, l. II, chap. xv, § 12. — De même quand il parle du respect par le vainqueur des choses sacrées appartenant au vaincu, il pose la règle avec plus de force pour le cas où les deux belligérants adorent le même Dieu, encore qu'il y ait des divergences sur certaines croyances ou certains rites. *Op. cit.*, l. III, chap. xii, § 6.

(2) *De Jure belli*, l. II, chap. xxiii, § 8.

(3) *De Jure belli*, l. II, chap. xx, § 50.

(4) *De Jure belli*, Prol., § 23.

VII

LA GUERRE ET LA PAIX D'APRÈS GROTIUS

On a parfois voulu ranger Grotius « parmi les amis de la paix, et son livre parmi les œuvres de pacification » ; on a pensé que son but n'était pas seulement de réglementer la guerre, mais encore d'essayer de la remplacer par des procédés plus humains, de substituer le débat au combat (1). Grotius dit, lui-même, qu'il a voulu réagir contre l'habitude de recourir aux armes sans causes sérieuses (2). S'inspirant, d'après M. Nys (3), du *Nouveau Cynée*, il émet l'idée de tenir des congrès où les puissances chrétiennes trancheraient leurs différends (4). Le dernier chapitre du *De Jure belli* est une exhortation aux princes à conserver la paix, pour avoir la conscience en repos et parce que c'est encore la meilleure politique pour chacun. La même idée se trouve déjà dans l'épître dédicatoire adressée à Louis XIII, où ce prince est salué du titre de roi juste et pacifique.

Malgré la part de vérité très réelle que contient cette manière de voir, il ne faut pas en exagérer la portée. Grotius

(1) Hély, *Etude sur le droit de la guerre de Grotius*, p. 38-40, 51-53. — Caumont, *Etude sur la vie et les travaux de Grotius*, Paris, 1862, p. 44, l'appelle : guerrier de la Paix.

(2) *De Jure belli*, Prol. § 28.

(3) Nys, *Les origines du droit international*, Bruxelles-Paris, 1894, p. 398. — *Les théories politiques et le droit international en France jusqu'au* XVIIIe *siècle*, Bruxelles-Paris, 1891, p. 123, 124.

(4) *De Jure belli*, l. II, chap. XXIII, § 8.

est partisan de la paix, mais il ne prend point place parmi les irénistes (1) : on n'a pas à le citer à côté de Morus et Campanella. A la différence de ceux-ci, il ne propose pas une organisation nouvelle de la société internationale de nature à assurer le règne de la paix. Si une telle idée apparaît quand il propose des congrès des puissances chrétiennes, ce n'est là qu'un point accessoire dans l'œuvre, auquel il ne s'arrête pas autrement. Grotius prend la société internationale telle qu'elle existe et cherche seulement à déterminer les règles juridiques qui doivent présider à son fonctionnement au point de vue de la guerre.

Certains contemporains de Grotius, sans songer à modifier l'organisation internationale, fondaient leurs sentiments pacifistes sur l'idée que la guerre serait impie, interdite aux chrétiens. Grotius mentionne cette opinion, mais il la réfute expressément comme contraire aux vrais enseignements du christianisme (2). Il admet que la force doit venir au secours de la justice (3). Ainsi notre auteur ne subordonne pas tout à l'idée de la paix : il n'estime pas qu'on doive toujours renoncer à son droit plutôt que de recourir aux armes : il ne prétend pas imaginer une organisation qui fasse disparaître la guerre.

Il n'en reste pas moins désireux du règne de la paix qu'on doit rechercher pour la satisfaction de sa conscience et comme conforme à ses intérêts. Lorsqu'on doute de la justice de sa cause, il estime qu'on doit pencher vers la paix plutôt que vers la guerre (4). Il recommande aux princes chrétiens d'avoir recours à l'arbitrage plutôt qu'aux armes (5). Il considère comme louable et conforme

(1) Sur les irénistes, voy. Nys, *Les origines du droit international*, p. 388 et s.

(2) *De Jure belli*, Proleg. § 29 ; l. I, chap. II. — *De Jure prædæ*, chap. III.

(3) *De Jure belli*, Prol. § 19.

(4) *De Jure belli*, l. II, chap. XXIII, § 6.

(5) *De Jure belli*, l. II, chap. XXIII, § 8.

à la charité de se départir de son droit pour éviter le recours aux hostilités (1). Mais ce qui montre que, pour Grotius, tous les moyens d'éviter la guerre ne sont pas bons, c'est son affirmation que, d'après les lois divines, les combats singuliers sont, en principe, défendus, car la guerre faite pour une cause juste doit être soutenue de toutes les forces du belligérant ; les combats singuliers deviennent licites au cas seulement où l'on penserait que le bon droit succomberait dans la guerre (2). Il reconnaît que la loi divine elle-même ne nous ordonne pas de renoncer à notre droit pour éviter la guerre (3).

Le but de Grotius dans son œuvre est directement de déterminer les causes justes de guerre et les moyens licites qu'on peut y employer. Il ne prétend pas supprimer la guerre, mais la régler. Ce n'est pas cependant que cette œuvre, si elle est menée à bien, soit sans conséquences au point de vue pacifiste. Grotius fait œuvre de paix en posant en règle que les relations internationales sont soumises à un ordre juridique et en cherchant à préciser les droit des Etats. Si ces droits sont nettement déterminés et acceptés comme tels dans l'opinion des gouvernants et de ceux qui ont quelque crédit auprès d'eux, cette reconnaissance exercera une certaine influence sur les actions des chefs d'Etat. Un prince hésitera à violer directement le droit d'autrui. Le plus ambitieux cherchera à voiler ses desseins de raisons juridiques spécieuses : on se réclamera du droit, même quand on voudra le méconnaître, parce que les plus puissants n'oseront pas avouer brutalement qu'ils vont à l'encontre de la règle commune. Cette hypocrisie sera un hommage rendu par l'injustice au droit. Mais ne serait-il pas préférable que cet hommage ne fût pas

(1) *De Jure belli*, l. II, chap. XXIV.

(2) *De Jure belli*, l. III, chap. XX, § 43.

(3) *De Jure belli*, l. I, chap. III, § 3 ; l. II, chap. I. Sur le droit ou le devoir de faire la guerre dans l'intérêt d'autrui, *op. cit.*, l. I, chap. V ; l. II, chap. XXV, §§ 1 et 2. Cpr. *De Jure prædæ*, p. 2, 3.

rendu ? N'a-t-on pas tout à perdre à voir l'injustice se doubler de perfidie ? Ne vaudrait-il pas mieux qu'on invoquât franchement Machiavel ou Hobbes, plutôt que de couvrir ses crimes du nom de Grotius ? Nous ne le pensons pas. Dans cet hommage rendu par l'injustice au droit, il y a sinon quelque chose de socialement bon, du moins la reconnaissance d'un principe qui, lui, est socialement bon. C'est la constatation de cette idée que « le droit est le souverain du monde », suivant la formule de Mirabeau, et il est bon que cette idée soit admise de tous. C'est là une idée de justice et, en même temps, une idée pacifiste, car le respect des droits de chacun est une condition d'une paix est durable. Mais il ne suffit point que ce respect du droit soit admis en thèse. Le plus important est de déterminer d'une façon précise les droits de chacun, car, à défaut de cela, les chicanes suscitées par les désirs injustes se porteront sur ce point. Les guerres sont souvent favorisées par l'indétermination du droit. Par suite, Grotius nous apparaît comme faisant œuvre pacifiste, quand il cherche à préciser les droits des Etats.

Ce n'est pas à dire, cependant, que Grotius ait réussi dans cette tâche. Il n'a pas su donner une théorie des droits des Etats, nous ne dirons pas assez complète et assez parfaite pour mettre fin par la seule force de la règle juridique et de l'opinion aux conflits armés, mais seulement assez satisfaisante pour diminuer grandement ces conflits et donner à l'ordre international et à la paix quelques bases solides. Cela tient à des causes que nous avons déjà signalées. La théorie des droits des Etats telle qu'elle résulte du *De Jure belli* est fausse, parce qu'elle repose sur deux principes faux : d'une part l'assimilation pure et simple de l'Etat aux individus, d'autre part l'idée de s'en référer aux usages de l'antiquité. Ainsi on veut appliquer aux Etats un droit naturel imaginé sans l'intervention de l'élément Etat, aux Etats d'une certaine époque, des usages pris çà et là dans des siècles passés. On ne peut tirer de là un système de règles

adaptées à l'état social qu'on veut régir; il en est d'exactes, mais il en est aussi d'inacceptables. L'ordre international et la paix ne pouvaient se fonder sur de telles solutions.

Mais, à supposer que Grotius eût pu découvrir les règles les mieux adaptées à l'état social de son temps et en laissant de côté les changements à ces règles que devaient rendre nécessaires les transformations sociales, l'œuvre pacifique n'aurait eu effet que dans la mesure où les solutions présentées auraient été reconnues par l'esprit public. L'influence pacifique du jurisconsulte était donc exposée à rencontrer bien des obstacles.

Aussi bien il l'a senti, et il ne s'est point borné à déterminer quels étaient, à ses yeux, les droits de chacun, dans l'espoir que cela suffirait à mettre fin aux rivalités et aux luttes. Il pose aussi des règles pour l'action belligérante.

Grotius donne de la guerre une définition très large : elle est, selon lui, l'état de ceux qui soutiennent une contestation par la force (*status per vim certantium*) (1). A cette conception, on a opposé celle de Gentilis qui définit la guerre *publicorum armorum justa contentio* (2), en faisant remarquer qu'entre elles existaient deux différences ; d'une part — et c'est un point sur lequel nous reviendrons — le jurisconsulte hollandais, à la différence de son prédécesseur, n'introduit pas ici l'idée de justice ; d'autre part, Gentilis réserve le nom de guerre aux luttes publiques, tandis que la définition donnée par Grotius comprend également les prises d'armes effectuées par les particuliers, ainsi qu'il le déclare expressément lui-même. Dès lors, on a considéré comme meilleure la formule de Gentilis qui, seule, répond à la notion moderne de la guerre (3). Il est certain, en effet, que la définition de Grotius ne saurait plus être reçue de nos jours. Mais, avant de la critiquer, il faudrait, nous semble-

(1) *De Jure belli*, l. I, chap. I, § 2. Au *De Jure Prædæ*, p. 30, il la définit *armata in armatum exsecutio*.

(2) Gentilis, *De Jure belli*, édit. Holland, liv. I, ch. II, p. 10.

(3) Voy. Nys, *Les origines du droit international*, p. 94.

t-il, la situer au milieu de la doctrine générale dont elle fait partie intégrante. Que Grotius présente de la guerre une notion comprenant même la guerre privée, cela nous paraît nécessaire, étant donné son point de départ. Il ne faut pas oublier, en effet, qu'il s'appuie sur la conception d'un droit naturel immuable, fondé sur la considération de l'individu. Par application de la loi naturelle, chacun peut recourir à la violence pour la sauvegarde de son droit : la guerre privée est ainsi consacrée par le droit naturel et la guerre publique ne l'est elle-même que par suite d'une application aux Etats du droit naturel conçu comme régissant les rapports individuels : dès lors, il devient nécessaire de donner de la guerre une définition qui comprenne même la lutte violente entre particuliers.

Grotius estime que tout n'est pas permis entre combattants, que tout droit ne cesse pas entre ennemis (1). A vrai dire, il affirme ce principe plutôt qu'il ne l'établit, se bornant à invoquer à son appui l'opinion d'auteurs anciens. Un essai de démonstration apparaît cependant sur un point particulier, s'agissant de l'obligation de tenir les promesses faites à l'ennemi. Comme Grotius la rattache au droit naturel, il procède ici par un raisonnement aprioristique : l'ennemi, dit-il, ne perd pas sa qualité d'homme : la communauté de raison et de langage (*societas rationis et sermonis*) qui subsiste entre belligérants donne naissance à cette obligation de tenir sa promesse (2).

Pour déterminer les règles qui s'imposent à l'action belligérante, Grotius considère la guerre, en soi, d'une façon abstraite. Sans doute il dit bien que l'on ne doit pas faire la guerre sans juste cause et il établit ainsi un principe de distinction entre les deux belligérants. Mais ce principe étant posé, il le laisse de côté en arrivant aux règles de droit des gens arbitraire, que les intéressés sont tenus de suivre.

(1) *De Jure prædæ*, p. 128-129 ; *De Jure belli*, Prol. § 27.
(2) *De Jure belli*, l, III. chap. XIX, § 1.

D'après ce dernier droit, la guerre faite dans les formes est juste de part et d'autre, c'est-à-dire qu'elle produit des deux côtés les mêmes effets de droit. Les deux belligérants ont les mêmes droits et les neutres devront respecter leur activité dans la même mesure. La doctrine moderne a consacré cette manière de voir. Tandis qu'autrefois on discutait longuement sur la guerre juste ou injuste, on ne signale plus guère aujourd'hui cette question que par l'effet d'une longue tradition et la distinction ne présente plus guère de conséquences juridiques (1). C'est là un progrès, car, bien souvent, les pires rigueurs ont été couvertes du titre qu'elles étaient dirigées contre un ennemi injuste et se sont inspirées de la prétention de le punir (2). Ce progrès résulte de ce qu'on a considéré la guerre comme un ensemble de rapports existant en fait et qu'il faut régler, sans remonter à leur cause initiale. Il y a là une idée qui a reçu d'autres applications. En matière internationale, lorsqu'un certain état de fait est établi, on part de là, sans remonter plus haut, pour régler les rapports qui en résultent. Cette notion trouve, notamment, son application dans la reconnaissance d'un nouvel Etat.

Un autre trait de la doctrine de Grotius touchant l'activité des belligérants doit être remarqué. Le jurisconsulte hollandais formule à cet égard une double série de règles : il expose d'abord ce que le droit des gens permet (3), puis il indique les tempéraments qu'il convient d'observer dans la conduite des hostilités (4). Nous ne voulons pas revenir

(1) Du moins quant aux droits respectifs des belligérants. La question de justice de la guerre présenterait, au contraire, de l'intérêt si le secours d'un allié était réclamé.

(2) Pillet, *Les lois actuelles de la guerre*, 2e édit., Paris, 1901, p. 10. Sur quelques-uns des dangers que peut présenter l'idée de guerre juste pour la détermination des droits des belligérants, voy. Basdevant, *La Révolution française et le droit de la guerre continentale*, Paris, 1901, p. 77, 78, 89, 90.

(3) *De Jure belli*, l. III, chap. IV-IX.

(4) *De Jure belli*, l. III, chap. XI-XVI. Une distinction analogue se

sur le détail des règles ainsi posées. Comme observation générale, on peut dire que les premières présentent peu d'intérêt. Elles ne correspondent ni à la pensée propre de l'auteur, — puisqu'il les présente comme des usages —, ni à la pratique d'aucun temps — puisque ces usages sont pris ça et là dans toute l'antiquité, chez divers peuples et parfois même dans les temps modernes. — Ce sont là des règles fort rigoureuses : elles autorisent les pires excès, permettant de tuer, sans distinction, tous ceux qui se trouvent sur le territoire ennemi et d'enlever ou détruire les biens de l'adversaire. Les tempéraments qu'il convient d'observer dans la conduite des hostilités présentent, au contraire, un intérêt plus grand. Ici, Grotius retire en partie ce qu'il avait concédé tout d'abord : ce sont de nouvelles limites qu'il impose à l'action des belligérants. Il fait intervenir des idées de justice fondées sur le droit naturel et que le droit des gens arbitraire, expression des usages, avait fait écarter ; il invoque des considérations d'humanité et de charité. Le droit des gens arbitraire permet de tuer tous ceux qui se trouvent sur le territoire ennemi ; mais la conscience qui écoute la voix du droit naturel a prescrit de restreindre cette faculté meurtrière à ceux-là seuls qui sont un danger pour le belligérant. Par là, Grotius garantit les personnes paisibles, les prisonniers de guerre et pose les principes de la doctrine moderne en la matière. De même il arrive à n'admettre que les destructions utiles au but de la guerre, et l'appropriation des choses ennemies doit, à ses yeux, être restreinte à l'équivalent de ce qui nous est dû. C'est, d'une part, sur le droit naturel s'imposant à chacun et, d'autre part, sur des considérations d'honneur, d'humanité, de charité, de solidarité humaine, dirions-nous dans notre langage mo-

trouve chez Suarez : elle n'est cependant pas identique. Suarez distingue les règles de droit et les préceptes de charité. Or, les « tempéraments » sont fondés, en partie, sur l'idée de charité, mais aussi sur la considération du droit naturel.

derne, qu'il fonde ces solutions. Ce n'est plus la constatation d'usages, c'est la partie critique et progressiste de l'œuvre, par laquelle Grotius exprime ses aspirations propres et trace au droit de guerre la voie à suivre pour diminuer un peu les excès horribles des hostilités. L'inspiration qui le guide est, à la fois, très humaine et nullement chimérique. Grotius écrivait pendant la période affreuse de la guerre de Trente Ans : depuis lors, de grands progrès ont été réalisés dans les lois de la guerre : ces progrès se sont effectués en adoptant, dans une large mesure, les solutions que le jurisconsulte hollandais recommandait comme tempéraments à observer dans l'emploi des moyens hostiles.

Grotius a, par là, marqué la voie à suivre, plutôt qu'il n'a présenté un système satisfaisant dans son ensemble. Il y a entre les solutions données comme de droit des gens et celles présentées dans les « tempéraments » une trop grande distance. La place faite à la violence, au meurtre et aux rapines est trop large. Chez Grotius les principes humanitaires qui inspirent les tempéraments sont trop étroitement confinés dans le domaine de la conscience, dans le for intérieur ; le droit, dans ses réalisations extérieures, n'en est pas assez pénétré. Cette pénétration devait s'effectuer sous l'influence des idées philosophiques du XVIIIe siècle.

VIII

CONCLUSION

Nous n'avons étudié Grotius que sous un aspect ; nous n'avons vu en lui que l'internationaliste. A cet égard même, nous nous sommes borné à insister sur les traits dominants de l'œuvre. Une étude complète et critique des solutions et des théories particulières ébauchées nous aurait entraîné trop loin : elle n'aurait pas manqué d'intérêt. C'est que Grotius marque une époque dans la science du droit international. Sans doute, il n'a point inventé de toutes pièces une discipline juridique nouvelle. Grotius doit beaucoup à ses précurseurs, particulièrement à Victoria, Vasquez et Gentilis (1). Son mérite propre est d'avoir fait la synthèse des éléments fournis par ses précurseurs. On a pu dire que « le *De jure* est comme la dernière forme des travaux antérieurs. Ceux-ci peuvent disparaître : le traité de Grotius sauvé, on n'aura presque rien perdu (2) ». Que si l'on prétend qu'il resterait bien peu à

(1) Au contraire il ne nous apparaît pas que Grotius ait utilisé Suarez ; et cependant c'est avec lui qu'il a le plus d'affinités. Rappelons, en effet, que l'un et l'autre conçoivent le droit naturel comme indépendant de la volonté de Dieu et que la distinction de Suarez entre ce que le droit permet dans la guerre et ce que la charité prescrit a des analogies avec les tempéraments placés par Grotius en face des rigueurs du droit des gens volontaire.

(2) Hély, *Etude sur le droit de la guerre de Grotius*, p. 220, 221.

Grotius si ses précurseurs s'avisaient de lui réclamer ce qu'il leur doit, cela nous touche peu. Il n'est pas d'auteur qui ne doive beaucoup à ses devanciers et M. Walker, après avoir fait allusion à une semblable réclamation, doit bien reconnaître que l'œuvre du jurisconsulte hollandais n'est pas une pure compilation (1). Grotius s'est vraiment approprié ce qu'il a tiré de ses prédécesseurs. A Gentilis, il a emprunté des faits, des exemples, mais en les soumettant aux données d'un système propre (2). Son œuvre a donné à des solutions déjà présentées antérieurement une forme nouvelle en les renfermant dans un système : en les condensant, notre auteur a pu être considéré comme l'expression unique de la doctrine de son temps.

Mais Grotius ne présente pas le simple résumé des solutions proposées par ses précurseurs ; il n'est pas seulement l'expression, fût-elle la plus parfaite, de l'élaboration scientifique des siècles antérieurs. Ce prophète de la justice internationale, comme l'appelle M. Walker (3), marque le point de départ de tout le mouvement doctrinal qu'il a suivi. Il a exercé, à cet égard, une influence qui, bien que plus restreinte, est analogue à celle d'Aristote aux siècles précédents (4). Toutes les doctrines de droit international ont pris leur base en lui : l'école positive et l'école philosophique s'en sont également réclamées, ainsi que nous l'avons déjà observé. Cela explique que, dans la suite, bien souvent on n'ait pas songé à faire remonter le droit international plus haut que Grotius.

Cet effet s'est réalisé par l'autorité prépondérante qu'acquit très vite et pour longtemps le *De jure belli ac pacis*. L'œuvre ne tarda pas à devenir classique et à tomber aux

(1) Walker, *History of the Law of Nations*, t. I, p. 333, 334.

(2) Lerminier, *Introduction générale à l'histoire du droit*, 2e édit. p. 123.

(3) Walker, *op. cit.*, t. I, p. 285.

(4) Wheaton, *Histoire des progrès du droit des gens*, 4e édit., t. I, p. 53, 54.

mains des commentateurs. On reprit les doctrines et les solutions de Grotius pour les interpréter, les développer et les élucider. Nombreux sont les commentaires de l'œuvre ou d'une partie de celle-ci (1). Les rééditions successives, elles-mêmes, sont accompagnées de notes importantes. De gros volumes sont consacrés à la doctrine du *De jure belli* (2) et celui-ci, à l'exemple des classiques, fut même imprimé *cum notis variorum*.

Cette méthode convenait bien à l'œuvre de Grotius. C'est que celui-ci, en touchant à une foule de points, a indiqué des directions dans lesquelles il était bon de porter les recherches. Souvent sa pensée est très brièvement énoncée et a besoin d'être développée ; on a avancé, non sans raison, que « cet auteur pense plus qu'il ne dit (3) ». Pour comprendre tout ce que renferme le livre de Grotius il faut le lire attentivement et y revenir ; un premier examen laisse échapper beaucoup d'idées qui ne se dégagent qu'après une connaissance déjà acquise de l'ensemble de l'œuvre. C'est alors seulement que l'esprit se dégage des formules littéraires anciennes pour mieux découvrir l'idée. Après une première lecture, on voit trop les défauts de composition si frappants pour nos habitudes modernes ; on est tenté de souscrire aux critiques de Voltaire qui, sans doute l'ayant lu vite, déclare que Grotius est très savant, mais pédant, qu'il est ennuyeux et que « la raison et la vertu touchent peu quand elles ennuient (4) ».

L'étude approfondie de Grotius dans des commentaires

(1) La liste des principaux se trouve dans Ompteda, *Litteratur des Völkerrechts*, p. 396 et s. Voy. aussi Kamptz, *Neue Litteratur des Völkerrechts*, p. 46. Voy. aussi un aperçu des principaux commentaires du *De jure belli*, dans la préface de Barbeyrac, édit. de Leyde. Lyon, 1768, p. VII-XII.

(2) Le commentaire de Cocceius est en cinq volumes.

(3) Caumont, *Etude sur la vie et les travaux de Grotius*, p. 50.

(4) Voltaire, *Dialogues philosophiques*, Dial. xxi. Sur Hobbes, Grotius et Montesquieu.

permettait à ceux qui l'entreprenaient de se dégager de cette impression première. De plus, à raison du caractère scientifique et systématique de l'œuvre, les esprits devaient être amenés à chercher dans les conceptions générales qui y dominent, la solution de questions effleurées rapidement. Il y avait là une matière à développements où pouvait utilement s'exercer l'activité des commentateurs.

Ainsi Grotius apparaît comme faisant époque à un double point de vue. D'abord il résume comme en un faisceau doctrinal les solutions présentées par ses précurseurs. D'autre part, il est le point de départ du développement ultérieur de la science. Ainsi, Grotius prépare Puffendorf qui, dans son enseignement, sinon dans ses écrits, fut le commentateur du jurisconsulte hollandais, puisque sa chaire à l'Université de Heidelberg fut créée pour y exposer la doctrine du *De jure belli ac pacis* (1).

(1) Bayle, *Dictionnaire historique et critique*, 3e édit., vo *Grotius*, note 0.

Basdevant.

Zouch

(1590-1660)

Parmi les internationalistes du XVIIe siècle, l'Anglais Zouch (1) est l'un des plus et l'un des moins connus. Des plus connus, si c'est l'être que d'avoir son nom partout cité dans les manuels et dans les livres de vulgarisation, comme celui d'un des pères de la science du droit des gens ; et des moins connus si l'on exige des renseignements plus précis sur son œuvre, l'influence de ses écrits, la nature de son talent et les raisons de sa célébrité (2).

C'est de célébrité qu'il faut parler en effet, avec tout ce que le terme comporte d'un peu superficiel ; Zouch a toujours eu, si l'on veut nous passer une expression un peu moderne, Zouch a toujours eu une bonne presse. Depuis Ompteda tous les critiques ont à l'envi célébré ses très réelles qualités sans chercher à atténuer l'auréole

(1) On trouve aussi ZOUCHE, ZOUCHY, ZOUCHAÜ, ZOUCHEAUS. Ompteda écrit à tort *Touch*.

(2) *Bibliographie*, OMPTEDA, p. 249-252 : *Litteratur des Völkerrechts*, KAMPTZ, p. 269 : *Neue, Litteratur* ; WATT'S, *Bibliotheca* : AUTHORS ; *Wood's Athenæ Oxonienses* ; *Ward, Enquiry*, IIe vol. ; WHEATON, *Histoire*, 1re partie, nos 8-10 ; PHILLIMORE, *Commentaries*, préface, p. XV et nombreuses notes ; KALTENBORN, *Kritick des Völkerrechts*, 1847, p. 53 ; BULMERINCQ, *Systematik des Völkerrrechts*, p. 29 ; HOLLTZENDORFF-RIVIER, *Introduction au droit des gens*, pp. 8, 351, 371, 373 ; SIR TRAVERS TWISS, *Dr. des gens*, t. I, 93 ; NYS, R.D.I.XVII, 1885, p. 80 ; LESEUR, *Introduction à un cours de droit internationnal public*, p. 110 ; ALLIBONE, *Dictionary*.

qu'elles lui ont valu par le parallèle de ses imperfections. Seul Kaltenborn ose être plus sévère. Surtout c'est la très heureuse trouvaille de l'expression *jus inter gentes*, pour désigner le droit international public, qui vaut à notre auteur la place d'honneur au début de tous les livres qui traitent de cette science, et le fait intervenir presque fatalement à l'appui de toutes les définitions.

Certes, son mérite n'est pas mince d'avoir pressenti la portée d'une science encore à ses débuts et d'en avoir d'un mot précisé les contours. On peut se demander cependant s'il attribuait aux mots *jus inter gentes* la signification quasi révolutionnaire qu'on leur donne parfois. Son œuvre, très en faveur auprès de ses concitoyens, devait pourtant pâlir devant d'autres d'une envergure plus grande et d'une personnalité plus marquée ; elle pâlit davantage encore aujourd'hui à côté de Gentilis et de Grotius. Près de ce dernier surtout Zouch semble singulièrement froid et sa contribution personnelle à la science peu considérable. Ce n'est évidemment que de ses seuls travaux de droit international qu'il s'agit ici : les talents de Zouch s'exercèrent sur bien d'autres sujets et l'on s'accorde à dire qu'ils étaient admirables.

I

Dans les fastes de l'Université d'Oxford, Wood écrit qu'en l'année du Seigneur 1614, la douzième du règne de Jacques Ier, fut reçu licencié en droit Richard Zouch du New Collège qui devait être plus tard l'ornement de l'Université par son savoir en droit civil et en droit canon. On

en reçut quatre autres cette année-là, et, en 1619, le 8 avril, seul avec Richard Clarke, il conquit le grade de docteur. Il avait alors trente ans, étant né en 1590 d'une famille de très ancienne noblesse, les lords Zouch de Harringworth que l'on fait remonter aux comtes de Bretagne, Alain, vicomte de Rohan, le premier de la race, ayant épousé Constance de Bretagne, fille de Conan le Gros et de Maud, fille naturelle de Henri Ier d'Angleterre. Il était originaire de la paroisse d'Ansley, dans le Wiltshire, et reçut sa première éducation à l'école de Wykehams, près Winchester. Après deux ans d'épreuve, il fut admis « perpetual felow » du New Collège en 1609, et devint avocat de renom dans les Doctors'commons. C'est en 1620 qu'il fut choisi pour être titulaire de la chaire qu'avait illustrée Albéric Gentilis, et professeur du roi en droit civil à l'Université. Deux fois au moins, grâce à la protection de son parent Lord Zouch, gardien des Cinq ports, il siégea à la Chambre des Communes pour le bourg de Hyeth dans le comté de Kent. A la fin du règne de Jacques Ier il devint chancelier du diocèse d'Oxford, principal de Saint-Albans Hall en 1625, et enfin juge à la haute cour de l'Amirauté.

En 1629 parut le premier de ses ouvrages juridiques, ses *Eléments de jurisprudence* (1). Il avait déjà fait paraître, en 1613, un poème : « The dove, la Colombe », ou « Certains passages de cosmographie », qui prouve que ses préoccupations juridiques n'en excluaient pas de plus gracieuses.

Puis trois ouvrages s'échelonnent : la *Descriptio juris et judicii feudalis*, en 1634 (2), la *Descriptio juris et judicii*

(1) *Elementa jurisprudentiæ, définitionibus, regulis et sententiis selectoribus juris civilis illustrata*, Oxon, 1629 8° ; Oxon, 1636 4° ; Oxon, 1635 8° ; Lug Bat, 1652, 8°.

(2) *Descriptio juris et judicii Feudalis, secundum Consuetudines Mediolani et Normanniæ, pro introductione ad jurisprudentiam Anglicanam*; Oxf. 1634, 8°, 1636, 8°.

temporalis, en 1636 (1), la *Descriptio juris et judicii sacri, militaris, maritimi*, en 1640 (2). Lors de la Révolution de 1648, il paraît bien être resté en dehors des agitations politiques, il fut réputé cependant avoir mis la main aux « Raisons » de l'Université contre le Covenant et en avoir rédigé les motifs juridiques. Quand les « Visitors », commissaires du Lord protecteur, s'établirent à l'Université, il se soumit à eux et garda son principalat et sa chaire. En 1650 parut son livre de droit international, *Juris et judicii fecialis sive juris intergentes in questionum de eodem explicatio* (3). En 1652 il revient au droit civil et cette fois écrit en anglais les *Cases and questions resolved on civil law* (4). L'année suivante fut publié à Oxford un livre intitulé : *Specimena quæstionum juris civilis cum designatione authorum*, sans nom d'auteur, et qui semble dans sa manière, bien que Wood n'ose en affirmer l'authenticité. Le 22 novembre 1653 Don Pantaléon Sa, frère de l'ambassadeur portugais, ayant commis un meurtre, fut emprisonné avec ses complices. Olivier Cromwell et son conseil étaient en désaccord sur le point de savoir si l'on avait le droit de faire juger Don Pantaléon Sa par les tribunaux anglais ; Richard Zouch fut mandé d'Oxford pour éclaircir ce doute. Il conclut à l'affirmative. Le Portugais fut jugé

(1) *Descriptio juris et judicii temporalis secundum consuetudines feudales et normanicos*. Oxf. 1636, 4°. Ce livre et le précédent ont été reproduits dans l'ouvrage du Dr Mocket, *Tract. de politia. Eccles. Anglic.*

(2) *Descriptionis juris et judicii Sacri, Juris et Judicii Militaris, et Juris et Judicii Maritimi*. Oxf. 1640, 4°. Réédité à Leyde et à Amsterdam.

(3) Oxon, 1650, 4° ; Oxon, 1684, 8°. Le titre complet est : *Juris et judicii fecialis sive juris intergentes et quæstionum de eodem explicatio qua quæ ad pacem et Bellum inter diversos principes aut populos spectant ex præcipuis. Historico jure peritis exhibentur opera. R. Z. Authoris elementorum juris prudentiæ*. L'édition dont nous nous sommes servi : *Lugd. Batavor. Apud. Philippum de Croy*. MDCLI.

(4) Ox.. 1652, 8° Le même en latin, Ox., 1657 et Londres, 1717, 8°.

selon la loi civile, condamné et exécuté à la Tour, le 10 juillet 1654. C'est à cette occasion que Zouch écrivit à nouveau en droit international public un petit opuscule : *Solutio quæstionis de Legati delinquentis judice competente*, en 1657 (1). Ce fut sa dernière œuvre de droit public. La même année paraissaient ses *Eruditionis ingenuæ specimena* (2) ; puis, retournant au droit civil, il publia sa *Quæstionum juris civilis centuria* (3), qui parut l'année de sa mort, 1660. Son dernier ouvrage, qui fut de polémique, est intitulé : *The juridiction of the Admiralty of England asserted* contre la *Juridiction of Courts* de Sir Edw. Cokes, et ne parut qu'après sa mort (4).

On voit que son labeur fut considérable. Sa vie fut d'ailleurs paisible et consacrée à l'étude. Il n'avait pas eu à se plaindre du protectorat, malgré qu'ayant brigué la place de bibliothécaire (*Custos archivium*) de l'Université, il eût été supplanté par un Cambridge man, étranger dans Oxford, le docteur John Wallis. C'était, paraît-il, une injustice due à la partialité d'un certain Byfield, alors Senior Proctor de l'Université, et du Vice Chancelier qui favorisaient les professeurs Saviliens. Henri Stubbe a écrit une brochure exprès pour l'en venger (5) ; il était, paraît-il, suspect de royalisme. Toujours est-il qu'au retour du roi, il fut rétabli dans sa charge d'assesseur à l'Amirauté, dont il fut ainsi titulaire plus

(1) *Solutio quætionis veteris et novæ sive de Legati delinquentis judice competente dissertatio in qua Hug. Grotii de ea re. Sententia explicatur expenditur et assertitur.* Oxon, 1657, 8°.

(2) *Eruditionis ingenuæ specimena, scilicet artium, logicæ, dialecticæ, etc...* Ox., 1657, 8°, Anon.

(3) *Quæstionum juris civilis centuria in decem classes distributa.* Ox., 1660, 8°, 3e édition, Lond., 1682.

(4) *The jurisdiction, of the admiralty of England asserted against, Sir E Coke's, Articuli Admiralitis,* in the 22 *d.* chap. of his, *juridiction of Courts.* London, 1663, 8°. Cet ouvrage fut publié après la mort de l'auteur par le Dr T. Baldwin. Le même, 1683, 1685. Reproduit dans la *Lex Mercatoria de Maylne.*

(5) *The Savilian professors case stated.*

de trente ans, et membre de la Commission chargée de réformer l'Université.

Il mourut le 1er mars 1660, dans ses logements de Doctors Common à Londres, où il se plaisait par-dessus tout ; il fut enterré dans l'église de Fulham en Middlesex, près de la tombe de sa fille aînée, Catherine, femme de William Powell Esquire.

Nous ne nous arrêterons pas avec ses biographes sur ses vertus privées. Il paraît cependant qu'il fut l'homme de sa devise, *Prevalet virtus*, et que son mérite eût justifié plus d'ambition. Il paraît également que personne ne fut plus versé que lui dans la connaissance des statuts et des prérogatives de l'Université d'Oxford, et qu'il la défendit vaillamment dans ses controverses avec la cité. En droit civil il fut certainement l'homme le plus compétent de son temps ; historien avisé, logicien subtil, écrivain, artiste, ses écrits eurent une remarquable notoriété. Le cas que l'on faisait de ses jugements et de ses consultations n'était pas moindre. C'est précisément les qualités éminentes du civiliste et du praticien qui nous aideront à apprécier l'œuvre de l'internationaliste à laquelle nous avons hâte d'arriver.

II

Comme on l'a fort bien remarqué (1), tous les ouvrages de Zouch semblent se rapporter à une conception primordiale du droit, de même que tous sont soumis à une méthode unique. Le droit est fondé sur la *ratio communis humanæ* ; telle est l'idée directrice qui apparaît dans les *Ele-*

(1) Rivier, *op. cit.*

menta jurisprudentiæ, dont les écrits postérieurs ne seront que le développement ou les applications particulières, le *jus inter gentes* comme les autres. C'est ainsi qu'il expose d'abord les principes généraux du droit (*Juris et judicii principia generalia*) se rapportant à la *communio in genere*, aux rapports du droit dans leur ensemble; puis, dans ses différentes *Descriptions*, il traite de la *communio* entre personnes privées, de la *communio* entre les personnes privées et le gouvernement; ses autres ouvrages étaient consacrés à certaines *communiones speciales :* religieuse, militaire, maritime, etc... Il aborde finalement l'explication des rapports entre les peuples. Cette conception d'ensemble ne manque pas d'élévation, et dénote en même temps qu'une tendance à la philosophie du droit, une influence certaine du droit naturel. Mais elle se trouve combattue par l'habitude du droit civil et le pli pris de la pratique. Il en est de même pour la méthode commune à tous ses ouvrages et qui consiste à séparer le *jus*, c'est-à-dire le droit reçu et adopté de tous (*quæ sont minus dubitati juris*), du *judiciium* qui donne lieu à controverse (*ea quæ videntur juris controversi*) (1).

Cette distinction fondamentale divisera donc en deux parties, de volume inégal, la substance du *juris et judicii fecialis*, la deuxième partie, le *judicium*, se trouvant être naturellement beaucoup plus développée que la première, puisqu'il y étudie en détail chacune des controverses qu'il expose, et que nous avons affaire à un auteur de l'école anglaise, de l'école positive. La forme même dans laquelle il traite ces deux parties les distingue très nettement. Tandis qu'il expose très précisément et tranche de façon positive les questions de droit, *jus*, il présente, sous forme de problème les questions de *judicium*, et se défend de les résoudre lui-même. Sans doute il laisse percer son opinion de telle façon qu'on la devine dans certains cas, mais il ne veut

(1) *Jus feciale*. Préface.

qu'exposer les diverses opinions, donner des exemples, et, selon la méthode socratique — écrit-il dans la préface — laisser le lecteur décider lui-même. Le *jus* et le *judicium* se divisent à leur tour en droit de la paix et en droit de la guerre. Le grand mérite de Zouch est d'avoir, contrairement à ce que fit Grotius, traité du droit de la paix en premier lieu. Comme l'illustre Hollandais, il considère la paix comme l'état normal des relations entre les peuples ; mais, plus logique que lui, il donne à son étude toute l'ampleur qu'elle comporte et la place qui lui convient : la première ! L'ensemble des dérogations aux rapports normaux entre nations, c'est-à-dire le droit de la guerre, ne vient qu'en second lieu. Cet équilibre est une innovation.

Si l'on doit louer sans réserve Richard Zouch de cette première subdivision, il en est tout autrement de la seconde qu'il adopte. Le civiliste y reparaît délibérément, et si l'on réfléchit qu'elle est devenue depuis traditionnelle et n'est même point demeurée propre aux auteurs anglais, on est porté à reprocher à notre auteur d'avoir fortement contribué à introduire une méthode vicieuse et qui n'a pu que retarder le développement naturel du droit des gens. Il envisage, en effet, le droit de la paix et le droit de la guerre sous ces quatre chefs : le *status*, ou droit des personnes ; le *dominium*, ou droit des choses, la propriété (1), les obligations — enfin les délits : *status* — *dominium* — *debitum* — *delictum*.

Si étrange que puisse nous sembler aujourd'hui une mé-

(1) Combien de temps s'est-on obstiné à considérer sous l'aspect de la « propriété » les droits de puissance, en droit international, alors qu'ils ne se conçoivent que sous l'aspect de la Souveraineté ? Il est vrai que le droit public interne lui-même a longtemps fait cette confusion. Pourtant la gêne qui en résultait était très grande et Zouch lui-même n'a pas été sans la ressentir. On s'en aperçoit très bien dans le *jus feciale*, 1re partie, section 3, où se marque avec une clarté relative la transition de l'idée de propriété à l'idée de souveraineté.

thode qui comprime dans le cadre du droit privé les matières du droit international, elle semble excusable chez un civiliste et un praticien, chez l'un des premiers ouvriers d'une science nouvelle, qui pouvait croire, et à bon droit, faire œuvre utile en donnant une apparence strictement juridique à des préceptes de raison trop peu observés encore entre les nations et fortifier davantage l'édifice en en sacrifiant un peu les proportions.

Ainsi, pour nous résumer, l'œuvre internationale de Zouch se développe sous une triple ordonnance : le *jus* en face du *judicium*, le droit de la paix parallèlement au droit de la guerre, la division en *status*, *dominium*, *debitum*, *delictum*.

PREMIÈRE PARTIE

LE JUS

Le livre, comme il est naturel, débute par une définition du droit international : « c'est celui qui est en usage dans les relations entre les chefs d'États, ou les peuples souverains ; autrement dit : celui que les mœurs conformes à la raison ont fait adopter par la plupart des nations, et d'après lequel chacune d'elles s'accorde avec les autres, et qu'on observe en paix comme en guerre (1). C'est par ce droit que se distinguent les nations, que se fondent les royaumes, que naît le commerce et qu'enfin s'introduit la guerre ».

Telle est bien la définition qui correspond au titre célèbre du *Jus inter gentes*, ainsi qu'à la conception moderne du droit international. Elle a fondé la fortune de l'ouvrage. L'auteur y oppose celle de Gaius et la conception romaine du droit des gens, du *Jus gentium* (2). Il conçoit

(1) *Jus inter gentes est, quod in communione inter diversos principes, vel populos, penes quos est imperium, usurpatur. Quod scilicet, moribus rationi congruis inter gentes plerasque receptum est, et id in quod gentes singulæ inter se consentiunt, et observatur inter eas quibuscum pax est et inter eas quibuscum Bellum.*

(2) *Quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peræque custoditur, vocatur jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utentur, inquit Gaius jurisconsultus, est que primum quo singularum gentium populi communiter inter se utentur..... Deinde quod inter principes vel populos diversarium gentium communiter intercedit,*

cependant qu'il devait exister à Rome un droit international au sens actuel du mot, et c'est lui qu'il désigne par le terme de droit fécial : « Cicéron en tenait la connaissance pour excellente. C'est une science qui touche à la situation des rois, des peuples, des nations étrangères, enfin à tout le droit de la paix et de la guerre ». Il nous trace ensuite brièvement l'histoire de l'institution des Féciaux, et nous indique que l'on peut rencontrer des vestiges de leurs doctrines dans les livres de droit et même chez les auteurs littéraires, qui, répétant les uns après les autres les mêmes principes, montrent par là qu'ils étaient généraux et puisés dans la nature même. Cet hommage rendu au droit des gens naturels, Zouch y joint aussitôt le droit qui résulte des traités et conventions ; le premier étant une saine déduction des principes de la justice naturelle, le second étant établi par un consentement mutuel constaté par l'usage général des nations. Ainsi se trouvent indiquées les sources principales du droit des gens. Il semble résulter de l'analyse de cette section qu'elles sont de trois sortes : le droit fécial, la coutume, les traités (2).

cum ex hoc jure, uti refert etiam jurisconsultus, gentes discretæ sunt, regna condita, commercia instituta, et denique bella introducta. Quod est posterioris generis, jus inter gentes, placet appellare, quod apud Romanos speciali nomine, jus Feciale. L'opposition est évidemment marquée.

(1) Voici le passage : La loi entre les gens est la même, qui, parmi les Romains, avait la dénomination spéciale de *jus feciale* dont la connaissance est appelée, par Cicéron, *præstabilem scientiam, quæ in conditionibus regum, populorum, exterarumque nationum, in omni denique jure pacis et belli versatur.* Le collège des hérauts (comme nous l'enseigne Denys d'Halycarnasse) a été institué par Numa Pompilius. Le devoir de ce collège était de reconnaître les partis, les ligues, les lésions publiques souffertes par des alliés ou d'autres, l'envoi des ambassadeurs, les ruptures d'alliances, les déclarations de guerre et de veiller à l'exécution de ce qui était décrété par le Sénat ou le peuple romain. Les livres contenant cette loi ont péri, cependant on peut en retrouver les traces dans les livres sacrés, dans les Pandectes, et dans le Code de la jurisprudence Romaine ;

En ce qui concerne ces derniers, l'auteur fait une distinction entre les monarchies où le peuple tout entier, s'incarnant dans la personne du prince, est censé contracter avec lui, et les pays où la nation a le pouvoir législatif et où une minorité dissidente doit être considérée comme n'existant pas au point de vue des traités.

Vient enfin la définition de la paix selon saint Augustin : c'est la concorde ordonnée. Elle est de deux sortes : selon qu'il s'agit de rapports entre inférieurs et supérieurs, c'est alors la paix morale entre les membres d'une famille et son chef, la paix civile entre un prince et ses sujets — ou selon qu'il s'agit de rapports entre égaux, c'est alors la paix entre les cités et les Etats. La justice fait naître et entretient la paix, celle-ci à son tour engendre la sécurité.

dans les auteurs Grecs et Latins, dont les opinions et les témoignages peuvent nous instruire de ce qui fut généralement reçu selon la raison naturelle et suivant l'usage des nations, parce que (pour se servir des expressions de Grotius) quand plusieurs esprits en des temps et des lieux divers sont d'accord dans leurs sentiments, cela doit tenir à une cause générale qui, dans les rapports dont il s'agit, ne peut être qu'une conséquence tirée des principes de la justice naturelle, ou un consentement universel. La première nous découvre le droit naturel, la seconde le droit des gens. Mais outre les coutumes et les usages généraux qui sont reçus comme lois entre les nations, il y a aussi cette loi qui prend son origine dans le consentement mutuel de certaines nations, témoigné dans les pactes, conventions et alliances. Comme le consentement général d'un seul peuple fait la loi pour ce peuple, les nations sont de même liées par leur consentement (*D. j. inter Gentes*, I, 1, n° 1).

Wheaton fait remarquer à propos de la citation faite par Zouch, de Cicéron, qu'il a, après Grotius, mal compris le véritable sens du passage auquel il se réfère. Il est tiré du *Pro lege Manilia* où Cicéron ne parle nullement de l'importance de la science du droit international, mais de l'étendue des connaissances de Pompée en tout ce qui regardait les relations extérieures de Rome et les lois de la paix et de la guerre. *Ad præstabilem ejus scientiam*, écrit-il, et non *præstabilem esse scientiam quæ in conditionibus regum populorum, exterarumque nationum*, etc. Wheaton, *op. cit.*, p. 141. Voir aussi, Ompteda, *op. cit.*, p. 148).

Mais toute cette première section ne laisse pas que de susciter quelques réflexions. L'interprétation que nous venons d'en donner est très simplifiée, et, comme le remarque Kaltenborn, l'impression qui s'en dégage est beaucoup moins claire. Jusqu'à quel point peut-on soutenir l'analogie entre le droit fécial et le droit des gens actuel ? Et n'y a-t-il pas une erreur à faire de ce droit fécial une troisième source du droit des gens ? Enfin le passage où Zouch parle de la double nature positive et naturelle du droit des gens, n'est pas si limpide que l'on ne puisse douter de la sûreté de ses conceptions à ce sujet. Ompteda le loue beaucoup d'avoir divisé le droit des gens en droit des gens explicite et tacite. C'est une louange que nous aimons mieux n'avoir pas à lui faire, car nous ne voyons pas distinctement ce qu'est le droit des gens tacite.

La vérité, c'est que Zouch est loin encore d'être dégagé des idées romaines. Toute son œuvre s'inspire du droit romain, et sa conception du droit des gens ne tend point dans son esprit à s'opposer à celle des jurisconsultes de Rome ; tout au plus vise-t-il à les compléter, et c'est encore d'eux qu'il s'inspire dès le début, comme il s'en inspirera tout au long de son livre.

La section deuxième traite du droit des personnes dans l'état de la paix. Elle envisage en premier lieu la condition des citoyens dans leur patrie, c'est-à-dire leurs rapports avec le pouvoir civil. Celui-ci, aussi légitime que le pouvoir paternel, dont il dérive, puisque la famille est la base de la nation, peut être détenu par un roi absolu et se transmettre comme le pouvoir paternel, ou limité, tout en demeurant monarchique, par des lois ou des magistrats (les éphores à Sparte). Il peut finir avec la vie du souverain. — Le pouvoir civil peut encore appartenir au peuple sous forme aristocratique ou démocratique.

L'auteur remarque en passant l'inégalité de fait qui existe entre les divers Etats, et ce lui sert de transition pour arriver à la paix entre les nations. Elle se fonde sur le voi-

sinage, la communauté de langage, l'avantage de services réciproques, les liens de l'hospitalité et surtout du commerce. Nous aurons plusieurs fois l'occasion — et c'est assez remarquable — de voir Zouch insister sur le « droit au commerce ». Proculus le définit « le droit pour les autres d'avoir chez nous, comme nous chez eux, la liberté et la possession de ce qui leur appartient ». Ces liens sont d'autant plus forts que la parenté de race, de religion est plus étroite entre les peuples.

Passons maintenant [Section III] au droit des choses ou droit de propriété des souverains ou des peuples. Il existe à leur profit sur les biens meubles de la même façon que pour les particuliers, et sur les biens immobiliers que sont les villes, les territoires... Mais s'il s'ajoute à la propriété un droit de souveraineté sur les personnes, on parle alors de royaumes et d'Etats. La possession en peut être acquise de plein droit par l'occupation, si le territoire n'a jamais appartenu à personne ; ou par la prescription, s'il a été préalablement abandonné ; elle peut s'acquérir également par donation et par les modes héréditaires. — L'auteur étudie, à propos de ces derniers, les divers modes de dévolution de la Couronne (1).

Cette étude n'a plus pour nous l'intérêt qu'elle pouvait présenter à une époque où Guillaume d'Orange allait monter sur le trône d'Angleterre, et les puissances continentales commencer à traiter de la succession d'Espagne.

Les droits du prince sur son royaume peuvent enfin être usufructaires, s'il ne détient le pouvoir que pendant sa

(1) Zouch distingue deux sortes de succession : *antiquior et posterior*, selon qu'on s'adresse au plus proche parent du défunt, ou qu'on tient compte des descendants à partir du premier roi de la race. Il considère aussi les différences de sexe et d'âge.

La succession peut être également « linéaire » (ligne directe ou collatérale) — « agnatique » — ou « cognatique ». Les lois fondamentales des Etats interdisent les dérogations à l'ordre successoral par voie testamentaire. Exemples et citations nombreuses.

vie, et que d'autres l'obtiennent après sa mort par les suffrages du peuple ou de ses délégués. On sait qu'il en était ainsi en Pologne.

Il s'agira maintenant des dettes (*debitum*) des obligations entre ceux qui sont en paix (1). Ce sont les égards que doivent se témoigner entre eux les chefs d'Etats ou les peuples amis. — Tout d'abord les Etats doivent réciproquement établir entre eux des relations courtoises, personnellement, ou au moyen d'envoyés ou d'ambassadeurs, pour traiter dignement et pacifiquement de leurs intérêts réciproques. Les envoyés chargés d'une mission spéciale en vertu du *Jus congressus sive colloqui civilis* (2) doivent être tout d'abord des personnages de marque, et les avances seront faites par le moins considérable des deux peuples.

Suit une dissertation formée d'espèces sur le droit de préséance des divers Etats en rapport avec les préoccupations du temps. Ce droit peut être modifié par la dignité personnelle des personnages ainsi choisis comme envoyés. Il n'est pas jusqu'à l'élévation des sièges qui ne fasse l'objet d'un paragraphe spécial, ainsi que la langue choisie pour les entretiens, les titres qui doivent être donnés dans les lettres ou messages. La sécurité est due aux envoyés et à leur suite.

Vient aussi le droit d'ambassade, distinct du précédent (3) *jus legationis civilis*, que les Grecs nommaient un ministère extérieur : εκδημοσ πολιτεια. L'ambassade est dite propre, quand

(1) Sect. 4.

(2) Le *Jus colloquii civilis* n'est donc qu'un corollaire implicite, qu'un autre aspect du *Jus commercii* au sens large. Il se développe sous deux chefs : dignité et sécurité, dont chacun commande un certain nombre de conséquences obligatoires soigneusement énumérées en six paragraphes.

(3) C'est une conséquence plus particulière et plus perfectionnée de ce même *Jus commercii* au sens large. On conçoit qu'elle ne découle pas aussi immédiatement et nécessairement de la coexistence d'états voisins que le *Jus colloquii*.

elle est envoyée par ceux qui ont le pouvoir suprême ; impropre, si elle représente une colonie, un municipe, une province. Dans les discordes civiles un parti peut envoyer à l'autre des ambassadeurs. L'auteur distingue les ambassades religieuses, officieuses, permanentes, extraordinaires. Il nous en indique ensuite la composition, le rôle prédominant du chef de l'ambassade, le droit qu'il a d'avoir une suite et des auxiliaires (1). Son autorité réside dans ses lettres de créance, par lesquelles le prince qui l'envoie assure qu'il agit en son nom. C'est le mandat tantôt ouvert (*apertum*), afin que ceux à qui est envoyé l'ambassadeur puissent par eux-mêmes prendre connaissance de ses pouvoirs limités ou illimités — tantôt secret (*arcanum*) et contenu dans des instructions particulières beaucoup plus précises et détaillées. Les ambassadeurs ont droit à certains honneurs dans les réceptions et les audiences que l'auteur nous détaille ; ils ont droit également à la sécurité pour eux et pour leur suite, tant qu'ils sont sur le territoire des princes près de qui ils sont envoyés (2).

Les obligations naissent encore, entre les princes ou les peuples, des contrats qu'ils font et qui les lient comme de simples particuliers. Tel est le mariage, conclu souvent par ambassadeurs (surtout, dit Bodin, lorsqu'il s'agit de princes, les princesses préférant en général connaître de visu leurs soupirants) et corrélativement les obligations dotales. Telles sont aussi les obligations ayant pour objet la remise de villes, de places, de sommes d'argent. Les conventions de cette sorte s'imposent aux successeurs des

(1) Il y a là une distinction entre la suite (*familia*), femmes, enfants, serviteurs, et les personnages de marque qu'il emmène avec lui (*comites*).

(2) Paragraphe 5, règles à observer pour aller à la rencontre des ambassadeurs, p. 2, pour leur donner audience — langue dont ils peuvent se servir — interprètes — manière de leur rendre réponse — quand on peut la différer — etc.

princes qui les ont passées, lorsqu'elles ont été conclues en vue de l'utilité publique.

Il y a entre les peuples des engagements plus solennels (1) : ce sont les alliances, qui se faisaient à Rome par l'intermédiaire des féciaux. Elles interviennent entre peuples amis, mais ont pourtant leur utilité, qui est de préciser les obligations réciproques, les secours, par exemple que les alliés se doivent. Il fut toujours d'usage de consacrer ainsi l'amitié par un pacte solennel. Les alliances sont défensives (ἐπιμαχίαι) ou à la fois défensives et offensives (συμμαχίαι), les obligations similaires ou non, selon que les contractants sont ou non sur le pied de l'égalité.

L'auteur passe ensuite en revue les solennités usitées chez différents peuples, pour donner plus de poids aux alliances, et insiste particulièrement sur le serment, *suprema religio*, en usage chez tous les peuples, de tous les temps.

L'étude du droit de la paix comporte enfin celle du délit (2), qui vient détruire l'harmonie des rapports (*communio*) et ne pouvant, comme entre particuliers, occasionner de procès devant les tribunaux, est la cause de la guerre.

Le délit naît d'abord de l'offense (3), et sous ce chef rentrent les cas d'offenses directes aux personnes (*injuria*), puis le refus d'un Etat de se prêter aux obligations que lui impose l'humanité ; par exemple, le passage sur le territoire pour faire le commerce. Il y a encore offense lorsque l'on fait violence à des alliés, ou que l'on fournit des secours aux ennemis.

Plus grave que l'offense est la voie de fait, la déprédation de biens, ou les occupations de territoires.

Le délit, en temps de paix, naît aussi des infractions au

(1) Et aussi plus précis, *in specie*, dit Tite-Live, et non plus *in genere*.

(2) Section 5.

(3) L'honneur et l'indépendance des nations sont affectés par le traitement fait à leurs souverains, exemple : Quand les Athéniens détruisirent les statues de Philippe ; voir aussi *Phillimore*, I, p. 128.

Jus colloquii, lorsqu'on trompe ou qu'on lèse un envoyé ; des infractions au droit d'ambassade (1), si les ambassadeurs ne sont pas protégés ou reçus avec les égards auxquels ils ont droit, et surtout s'ils ont été mis à mort. Le délit peut naître aussi du fait des ambassadeurs, s'ils se conduisent avec insolence, s'ils violent les lois de l'hospitalité, s'ils complotent contre ceux vers qui on les envoie.

Enfin il y a délit quand les contrats ou les traités ne sont point observés, ou qu'on use de faux, ou artifices coupables ; toutefois on n'aurait point le droit de se plaindre, si l'on s'était contenté dans une matière d'importance de réponses vagues et douteuses.

L'auteur voit enfin dans la violation de la bonne foi et le mépris des serments, le délit le plus pernicieux et le plus grave entre gens qui sont en paix. Zouch, d'ailleurs, soutient que l'Etat n'est pas seulement temporel, il a un fondement moral et religieux ; c'est pourquoi il y a péril à violer la foi (2).

Zouch aborde avec la section VIe la deuxième partie du *Jus* : le droit de la guerre.

De même que la paix, la guerre fait partie du droit des gens. La guerre est une juste lutte, autrement dit, une lutte entreprise pour une cause juste, par une autorité légitime, c'est-à-dire par le pouvoir souverain (saint Augustin). On sent ici le rapport avec Suarez. La guerre doit être solennelle, c'est-à-dire qu'elle doit avoir été déclarée (3).

Après avoir parlé de la guerre privée, de famille à famille, admise par les anciens (ανδρολεψία) Zouch en vient à parler,

(1) *Jus colloquii* et *Jus legationis*, même distinction que précédemment.

(2) *Phillimore*, I, p. 324.

(3) *Bellum solenne* ou *minus solenne* ; la première qui est faite publiquement, après avoir été déclarée (*rite inductum*). D'après Cicéron, aucune guerre n'est juste que celle faite en réparation de dommages (*rebus repetendis*) ou préalablement déclarée *denuntiatum et indictum*. *Minus solenne*, est la guerre entre particuliers (*prehensio hominum*).

sous le nom d'Ἐνόχιαρίσμος ou Prognatio, du droit concédé souvent par l'autorité aux particuliers de s'emparer de la propriété des étrangers ; ce sont les représailles, par exemple en cas de déni de justice (1), la justice étrangère n'ayant pas la même autorité vis-à-vis des étrangers que des citoyens.

Une fois la guerre déclarée (2), Zouch range parmi les relations internationales les rapports des vaincus avec le pouvoir militaire acquis par la force des armes (*Dominatio*). Il en distingue la *prepotentia* qui les maintient ensuite sous l'autorité du vainqueur ; et le *patrocinium,* ou obligation militaire des vassaux vis-à-vis du souverain dont ils tiennent leurs fiefs. Ces relations de pouvoir militaire ont créé le *status* originel, distinct du *status* civil, auquel les peuples se sont spontanément soumis.

Un litige existant entre souverains, les uns sont des *inimici,* les autres des *adversarii*, les autres des *hostes*. *Inimici*, s'il n'existe aucune relation de droit entre eux, aucun lien, aucun traité d'amitié, tels les barbares pour les Grecs, les pérégrins pour les Latins. Vis-à-vis de ceux-là, rien n'atténuera les maux de la guerre, leur propriété n'a pas droit à être respectée. Mais le droit naturel empêche d'user de ce pouvoir strict. — *Adversarii* quand il existait avec eux des relations de droit que la guerre a rompues.

Hostes sont ceux que l'on peut blesser et détruire complètement ; encore certains sont-ils tout à fait de la pire condition, auxquels on n'accorde pas le droit de la guerre : les brigands, ou ceux qui s'arment contre leurs princes (ennemis publics), les traîtres, les rebelles ; sur mer, les pirates.

Les *justi-hostes* sont ceux envers qui l'on doit respecter

(1) Il y a déni de justice, non seulement si, dans les délais raisonnables, on n'a pu obtenir justice contre un criminel ou un débiteur ; mais encore si dans une affaire nullement douteuse, on a jugé de parti pris contre le droit.

(2) Section 7. *Status inter eos quibuscum bellum.* Etude du pouvoir militaire, lequel est de trois sortes : *Dominatio — prpæotentia — patrocinium — Condition des « hostes » et des « inimici ».*

les règles que le droit des gens impose dans la conduite de la guerre.

Le jurisconsulte étudie ensuite le droit de la propriété en temps de guerre (1). Aristote considérait, par une sorte de loi universellement admise, comme appartenant au vainqueur, tout ce qui était pris à la guerre, les hommes libres eux-mêmes qui sont réduits en esclavage. Les chrétiens, eux, peuvent seulement garder les personnes jusqu'à ce qu'on leur en paye la rançon. Mais en guerre les prises peuvent être faites, soit par les individus isolés, soit par le souverain ou le peuple. Les premières sont les dépouilles acquises en combat singulier, ou dans un fait de guerre spontané ou commandé, « corrariam », disent les Italiens ; pillage ou maraude, disent les Français. Ce sont les parts de butin que les marins sont autorisés à garder ; les habits, argent et or, jusqu'à concurrence de dix écus. Les deuxièmes, acquises par un fait de guerre, sont appropriées au nom de l'Etat entier ; telles sont les villes, et tantôt les généraux permettent aux soldats de les mettre à sac après l'assaut, sur un signal donné ; tantôt font un partage entre eux, en tenant compte soit de la solde, soit du mérite.

Il examine ensuite le droit de *postliminium*, c'est-à-dire ce droit de recouvrer la chose perdue en son état primitif, mais qui, selon Ulpien, n'existe que dans les relations avec *Justes hostes*, et non, par exemple, vis-à-vis les brigands. Le *postliminium* a effet, d'après Paul, pour toute personne de tout sexe et de toute condition, non seulement les soldats, mais ceux qui peuvent être utiles par leurs conseils, leur prudence, et les esclaves même, que l'on rend à leurs maîtres. Ils sont censés n'avoir jamais été prisonniers et n'appartiennent pas à ceux qui les reçoivent. Le *postliminium* n'a pas d'effet vis-à-vis des transfuges, qui, par leur conduite, se rangent au nombre des *hostes*, ni vis-à-vis des troupes qui se sont rendues, ni de ceux qui restent volon-

(1) Section 8.

tairement prisonniers. Ici intervient l'histoire de Régulus.

Mais peu importe, pour que le *postliminium* ait effet, la façon dont revient le prisonnier, qu'il échappe par ruse ou violence, ou soit rendu, qu'il franchisse les frontières de son pays ou seulement celles d'un état allié. Il recouvre son « état », dit Pomponius, et ses droits.

Quant aux biens, l'effet du *postliminium* est, d'abord pour les immeubles, de les faire recouvrer à leurs premiers maîtres et non au domaine public. Si c'étaient des biens religieux, ils avaient, par l'acceptation, perdu leur caractère sacré ; ils seront rendus au culte. Les règles sont les mêmes pour certains meubles, mais non pour les armes qui ne peuvent être perdues que d'une façon honteuse (Pomponius).

Quant au domaine éminent sur les territoires et les peuples, le vainqueur l'acquiert par la « reddition » ; c'est-à-dire que le peuple remet en son pouvoir ce qu'il se verrait autrement enlever par la force ; alors le vainqueur possède sur ces biens une autorité absolue et un droit de propriété. Ainsi les Romains eurent en leur pouvoir des pays et des peuples, tantôt en vertu d'un droit propre, c'est-à-dire, lorsqu'ils rentrèrent purement et simplement dans l'empire romain, tantôt en vertu d'un droit subsidiaire, à la suite d'obligations telles que le paiement d'un tribut, la fourniture de soldats, d'argent, de dîmes (*annone*) ; tantôt par un simple droit de clientèle. Clients et vasseaux diffèrent en ce que les seconds, seuls, sont assujettis à l'empire.

Les égards que se doivent les belligérants, feront maintenant l'objet de notre étude. C'est la dette entre ceux qui sont en guerre (1) ; — elle consiste dans le droit d'entrevues (*congressus militaris*), — d'ambassade, — de convention et traités militaires, — droits garantis parfois par des otages ou cautions réelles.

(1) Section 9, *Debitum inter eos quibuscum bellum.*

Il y a *congressus militaris :* quand les souverains ou les généraux commandant en chef en viennent à une conférence ou à un combat. Conférence (*colloquium*) pour aplanir s'il se peut le différend ; combat, pour le trancher. Zouch rappelle ici certains combats singuliers, celui des Horaces n'y pouvait manquer. Le plus souvent ce sont des combats d'armées. Agathias rapporte que les Francs se mettaient en ligne pour discuter les différends, comme prêts à combattre ; mais, les armées en présence, les rois réglaient leurs contestations soit par les armes, soit juridiquement. Il ne semblait pas bon que tout le bien public fût mis en question pour des querelles personnelles.

Dans les combats n'interviennent pas seulement la force et le courage, il est permis encore de faire usage d'une certaine astuce et d'une adresse honnête.

L'ambassade militaire est celle qui est employée pour traiter de choses touchant à la guerre. On emploie : des héraults, pour réclamer contre des injustices souffertes, déclarer la guerre, réclamer la liberté de circuler pour d'autres ambassadeurs : des ambassadeurs extraordinaires pour négocier des trèves, des conditions de paix et on les traite tout différemment des ambassadeurs ordinaires, ne leur témoignant pas la même courtoisie, leur interdisant d'avancer trop près des remparts, ne les recevant ni dans la ville, ni dans le camp.

Les conventions ou arrangements militaires entre les chefs, ont trait : 1° à la circulation, 2° aux trèves, 3° à l'échange des prisonniers, 4° à la reddition des places. La libre circulation de certaines personnes, pendant les hostilités, doit être respectée par les soldats de celui qui l'a accordée. Pendant la trêve (Paulus Varro) on doit s'abstenir de toute hostilité, on peut circuler sans appareil guerrier. Dans la reddition des places fortes pour éviter les inconvénients d'un assaut, les conditions obtenues sont meilleures si l'on n'attend pas d'être à toute extrémité.

Les traités militaires sont conclus par le pouvoir souve-

rain quand il s'agit de trêves plus longues (armistices), ou de paix définitive.

Le traité de paix est celui par lequel on convient de s'abstenir désormais de violence, si toutefois il est de la nature de la paix d'être perpétuelle. Tantôt les deux partis égaux dans la guerre s'unissent avec égalité dans un traité. S'il y a un vainqueur, il peut imposer les conditions qui lui plaisent, mais il y a traité, à proprement parler, du moment que les deux belligérants s'entendent sur la cessation de la guerre. On stipule alors la réparation des torts ; le rétablissement des frontières, les relations commerciales, etc... ; on a alors moins en vue de fonder une amitié sincère, que d'éviter pour l'avenir les sujets de guerre. — On ne peut dire aussi bien qu'il y ait traité de paix, quand, après la victoire, les vainqueurs décident eux-mêmes unilatéralement des conditions de la paix future.

Les traités sont souvent accompagnés de la délivrance d'otages donnés comme garants de foi publique, ou de cautions telles que des citadelles ou des places fortes. Les garanties exigées sont plus grandes quand la paix est dictée à des vaincus.

La première partie du *Jus feciale* s'achève enfin par l'étude du délit (*delictum*) entre ceux qui sont en guerre (1).

Il y a délit : lorsque la guerre est déclarée injustement, c'est-à-dire, lorsqu'il n'y a pas de motif de guerre autre que l'humeur batailleuse (Tacite), ou que ce motif est inique (désir de changer de pays, de s'emparer d'un sol fécond en échange de marais) ou encore, s'il n'y a pas eu déclaration de guerre.

Il y a délit contre le droit de *conventus militaris :* 1° lorsqu'on dresse des embûches sous apparence de conférence ; 2° quand on en impose à l'ennemi par des mensonges ; — dans les rencontres à main armée quand on gagne les com-

(1) Section 10.

battants par de l'argent. « C'est une indignité », dit Cicéron.

Il y a délit contre le droit d'ambassade si on maltraite les ambassadeurs, etc..., etc...

Délit contre le droit de convention militaire, — quand on offense les personnes à qui on a accordé le droit de circulation militaire ; — quand il y a fraude touchant les trêves ; — dans la restitution des personnes ou des choses ; — ou dans le rachat des personnes, quand on n'observe pas les conditions d'une reddition.

Enfin il y a encore délit en temps de guerre, quand les vainqueurs dépassent la mesure dans l'exécution ; par exemple, font subir des supplices à ceux qui se sont rendus, tuent des femmes et des enfants, refusent la sépulture aux cadavres de l'ennemi, violent les lieux consacrés et les tombeaux.

Telle est l'étude sommaire du *Jus* communément reçu dans les relations entre Etats.

IIe PARTIE

LE JUDICIUM

Nous allons retrouver ici les mêmes divisions que dans la première partie ; d'abord la division entre la paix et la guerre, puis, dans chacune de celles-ci, le *status*, la propriété, la dette, le délit.

A. — *Le Judicium en temps de paix.*

Et d'abord, comment le *Judicium* intervient-il entre les peuples (1).

A coté du jugement de la guerre dont l'issue est douteuse et les effets déplorables, les différences entre les peuples peuvent être tranchées pacifiquement.

Tout d'abord des peuples voisins et libres peuvent avoir des juges permanents chargés de trancher leurs litiges. Tel était le rôle des Amphyctions parmi les peuples helléniques. — Ils peuvent aussi s'en remettre à l'arbitrage d'un tiers.

(1) Section 1, Du *Judicium* entre les nations, et des questions de paix. *Le Judicium* entre les nations est celui qui sert à trancher les débats qui les divisent elles-mêmes, ou leurs sujets, comme : 1° lorsqu'elles ont des juges déterminés ; 2° lorsqu'elles s'en remettent à des arbitres ; 3° quand on admet le jugement *ratione loci ;* 4° lorsqu'il y a sentence portée par des sages.

Quant aux citoyens, il se peut qu'ils relèvent d'un tribunal étranger, s'ils ont, par exemple, commis un délit en pays étranger. Ici courte incursion dans le domaine du droit international privé, puis mention du jugement de l'opinion de celui des sages ou des savants, qui flétrit ou approuve la conduite des princes et des peuples.

L'auteur examine ensuite quelques questions préliminaires à grand renfort de citations de Pomponius, de saint Augustin, d'Aristote. S'il est possible d'être en paix avec tout le monde? Si la paix ou la guerre produit le plus de désavantages? S'il faut préférer une paix inique à une guerre juste? Si la paix entre voisins est désirable?.

Puis, entrant au cœur du sujet, l'auteur considère le *status* des personnes en temps de paix (1). D'abord les questions d'Etat concernant les souverains ; très précises et personnelles : [1] Si l'Empereur d'Allemagne peut aussi s'appeler Empereur des Romains, etc. (2).

Puis d'autres plus générales [4]. — Si le fait de contracter un traité inégal ou d'accepter une protection (clientèle), modifie le *status* d'un prince ou d'un Etat. Selon Proculus, protection ne veut pas dire dépendance, et la liberté de l'état inférieur doit être respectée (3).

[6] Une question plus intéressante est de savoir si un souverain a pouvoir sur un autre souverain quand il se trouve dans ses Etats. Tel fut le cas de Marie Stuart. Pour la négative on invoque qu'elle était une princesse libre et indépendante, ne pouvant se rendre coupable de lèse-majesté, puisqu'elle n'était pas la sujette mais l'égale de la reine d'Angleterre ; et pour l'affirmative, qu'il ne peut y

(1) Section 2.

(2) [2] Si la dignité impériale dépend du couronnement pontifical.

[3] Si l'Empereur possède un certain pouvoir sur les autres rois et souverains.

(3) [5] De même un peuple peut adopter les lois d'un autre pays sans déroger, et sans que cela implique vis-à-vis de ce pays une dépendance, du moment que cette adoption est spontanée.

avoir dans un même royaume deux princes indépendants, et que d'ailleurs l'égal peut se soumettre au jugement de son égal, soit expressément, soit par un contrat tacite, soit même par un délit (1).

[7] Avec Aristote il reconnaît ensuite qu'un peuple reste le même malgré les changements de régime politique, tel le peuple Romain sous les Rois, la République et l'Empire.

La question est plus délicate pour un peuple qui émigre. Il distingue le cas où l'émigration est spontanée, déterminée par la violence ou la disette, et la fondation des colonies qui, suivant Thucydide, forment alors un peuple nouveau, l'égal, et non le sujet de la métropole.

La théorie était bien autre aux XVIIe et XVIIIe siècles, où les colonies n'ont eu d'autre raison d'être que l'enrichissement de la mère-patrie.

Les paragraphes suivants sont consacrés à des questions d'État relatives aux particuliers (2). [10] Un sujet ayant reçu un honneur de la part d'un souverain étranger, peut-il s'en prévaloir dans son pays ? Ainsi Thomas Arundell de Wardour, qui s'était distingué dans la guerre de Hongrie contre les Turcs, fut fait comte du Saint-Empire. La reine

(1) Voyez *Phillimore*, II, p. 128 et 131.

WARDS, *op. cit.*, p. 594-6. Hottoman fonde son opinion sur la maxime Romaine : qu'un magistrat hors de sa province n'est plus inviolable. Zouch combat cette assimilation, d'ailleurs fausse, en s'appuyant sur des cas pratiques; il considère les souverains comme exempts du « trial ». Il se réfère à la Fleta, et va jusqu'à dire qu'ils sont souverains à l'étranger jusqu'à conserver leur propre juridiction sur les causes criminelles. Vattel soutient la même opinion.

(2) [9] Un souverain peut-il annoblir un de ses sujets sur le territoire d'un autre souverain ? Charles-Quint, paraît-il, le fit en France sur la demande de François Ier. Y a-t-il là l'exercice d'une souveraineté qui pourtant n'existe plus en territoire étranger ? L'auteur semble y voir une sorte de *jurisdictio voluntaria*, un lien qui peut subsister entre les sujets et les princes, même en territoire étranger.

d'Angleterre décida que de même que les femmes pudiques ne doivent pas jeter les yeux sur un autre que sur leur mari, de même les sujets ne doivent pas avoir recours à un autre prince que celui que Dieu leur a donné. « Je ne voudrais pas, dit la reine, que mes brebis fussent marquées d'un fer étranger, ni qu'elles suivissent le sifflement d'un autre berger. »

[11] Lorsqu'un même souverain commande à deux royaumes, l'individu né dans l'un des deux jouit-il, dans l'autre, des droits d'un sujet ? L'auteur rapporte une solution affirmative, donnée dans un procès entre Robert Calvin, sujet écossais, et Jean Bingley, sujet anglais, à propos d'une succession située à Londres, au moment où Jacques d'Ecosse succéda à Elizabeth.

[12] Un citoyen peut-il déserter la patrie sans permission ? S'il s'agit d'un individu isolé, Typhonius et Cicéron le croient, à moins que ce ne soit pour éviter de payer ses dettes, ou de faire son service militaire. Mais il en est autrement, dit Grotius, en cas de désertion collective.

[14] Quelqu'un ayant séjourné longtemps dans un royaume étranger et y ayant fondé une famille, doit-il être considéré comme ayant renoncé à sa patrie de naissance ? Non, hors le cas de naturalisation. Zouch cite un arrêt du Parlement de Paris en ce sens dans l'affaire d'un certain Jean Cenam (Johannes Cenamius) mort en France et dont avait hérité un nommé Jean Longovalle au nom de sa femme, parente et légataire du défunt ; héritage disputé par le frère du défunt sous prétexte que Longovalle avait séjourné plus de trente ans à Venise (1).

[15] Celui qui est né dans un royaume étranger hérite-t-il par son père de la qualité de sujet dans le pays d'ori-

(1) V. *Phillimore*, I, p. 378. « Aman can have only one allegiance ». Zouch lave à ce sujet le tribunal français de l'accusation de partialité.

gine de son père? Affirmative, surtout au cas où il revient dans le pays d'origine.

On peut juger par cet ensemble de questions, combien était pauvre encore à l'époque de Zouch la doctrine de la nationalité (1).

L'ordonnance du livre comportant maintenant l'examen des questions de propriété (2), c'est d'abord de l'occupation qu'il s'agira, et de savoir quelles sont les conditions nécessaires à sa validité. Suffit-il, par exemple, d'un javelot lancé dans une ville pour en assurer la propriété au premier venu, ou faut-il une occupation effective? Cette question est l'ancêtre de la théorie actuelle, de l'occupation effective aux colonies.

[2] Ensuite se pose le gros problème de savoir si l'on peut occuper la mer.

L'auteur cite contradictoirement Ulpien et Paulus, mais suit Grotius qui admet un droit sur ce qu'on appelle aujourd'hui la mer territoriale.

C'est ainsi que le roi d'Angleterre était maître du détroit quand il possédait des domaines sur le continent.

Puis Zouch constate le droit des riverains sur les épaves, tout en le déplorant (3).

(1) [13] Quelqu'un peut-il être à la fois citoyen de deux villes ?

[16] De qui est sujet un citoyen répudié (*deditus*) par sa patrie, et non reçu (*receptus*) par un autre peuple ?

[17] Un déserteur reste soumis aux lois de sa patrie, car nul n'est libre de s'en affranchir, il en est autrement d'un exilé.

(2) Section 3.

(3) Puis les questions de savoir :

[4] Si une ville nouvellement fondée dépend de la région où on l'établit ?

[5] Si l'on peut statuer par conjectures, c'est-à-dire par présomptions sur la propriété de territoires.

[6] Si une possession nouvelle peut être établie d'après un titre ancien, ou si c'est l'occupant qui doit être considéré comme possesseur.

[7] Si des arbitres choisis pour trancher une question de propriété

[8] Il peut exister entre souverains d'autres modes d'acquérir la propriété, deux entre autres : l'usucapion et la prescription. Dans un ordre d'idées voisin, l'auteur se demande alors [9] quel est le droit transmis au pontife Romain sur le domaine d'Occident par la donation de Constantin, et [10] si l'Espagne possède un droit exclusif sur la région des Indes. Il entre ensuite dans la matière touffue des droits de succession.

[11] Entre les fils d'un Roi lequel doit succéder à son père ? Sera-ce toujours l'aîné, même s'il est né avant que son père ne montât sur le trône ? Zouch rappelle à ce propos la révolte d'Henri contre son frère Othon, succédant à l'Empire. D'autres questions en ce qui concerne les petits-fils, la ligne collatérale, etc., etc., sont amplement examinées en des paragraphes (1) fournis d'exemples contemporains (Henri IV, Clèves et Juliers, etc....)

La section consacrée aux questions d'obligation entre ceux qui sont en paix (2) s'occupe des rapports diplomatiques et des traités.

peuvent rendre une sentence en faveur de leurs propres prétentions.

(1) [12] S'il faut, entre deux petits fils, préférer celui qui est du fils aîné ou le plus âgé.

[13] Si un cousin germain du côté paternel doit exclure un neveu, fils de la sœur du roi défunt, comme cela s'est présenté pour Philippe de Valois, montant sur le trône de France à la mort du dernier fils de Philippe le Bel. Il excluait Edouard III d'Angleterre, et ce fut l'origine de la guerre de Cent ans.

[14] Le neveu né d'une sœur doit-il succéder au trône de préférence au fils d'un oncle ?

[15] Lorsque la ligne directe est éteinte, est-ce le chef de la branche la plus rapprochée, ou le plus proche parent qui doit recueillir le pouvoir ? Zouch cite l'avénement de Henri IV au trône de France, et les arguments d'Hotmann.

[16] Après la mort de Jean Guillaume duc de Clèves et de Juliers, la succession revenait-elle au duc de Saxe, marquis de Brandebourg, ou au duc de Neubourg ?

(2) Section 4. Des questions de dette entre ceux qui sont en paix.

Ce sont d'abord les questions de rang et de préséance : [1] *Utrum principes de loco et præcedentia contendere deceat.* — La dissertation se développe longuement en trente et un paragraphes et les exemples naturellement abondent. Les détails n'y sont point ménagés (1) ; on y voit, par exemple, [6] des questions comme celle-ci : le titre de Sérénissime doit-il être donné à ceux qui ne sont pas rois ? — et qui fait songer à l'importance que la République de Venise attachait à la possession de ce titre.

[7] Ceux qui n'ont point le pouvoir suprême peuvent-ils envoyer des ambassadeurs ? Elizabeth refusa d'entendre un ambassadeur envoyé par le duc d'Albe parce qu'il n'était point accrédité par le roi d'Espagne. — Les préteurs Romains envoyaient au contraire de véritables ambassadeurs (2).

On peut aussi se demander si l'on peut employer [8] des religieux ou des clercs pour les ambassades civiles [9] — si l'on peut les confier à des femmes, etc... etc... (3).

Mais voici qu'interviennent des considérations plus intéressantes [13] : Est-il des cas où l'on puisse refuser de

— Les questions de dette entre ceux qui sont en paix ont trait au privilège de la rencontre et de l'ambassade civile, aux conventions et traités civils, à la bonne foi et aux serments que ces derniers exigent.

(1) [2] Si, en matière d'ambassade, le rang est dû au nombre ou aux dignités ? — [3] Si, entre les dignités, il faut envisager la plus considérable ou la plus ancienne ? — [4] Si un souverain a toujours le droit de préséance sur un ambassadeur, même d'un souverain supérieur ? — [5] Si un souverain inférieur doit s'incliner devant un autre dont l'élection est faite mais non ratifiée.

(2) V. *Phillimore*, II, p. 157. Il rappelle que les délégués directs des souverains, par exemple les vice-rois d'Espagne en Italie, ont parfois exercé sans conteste le *Jus Legationis*.

(3) [10] Peut-on charger quelqu'un d'une ambassade pour une affaire le concernant personnellement ? — [11] Peut-on permettre aux ambassadeurs d'emmener avec eux leur famille ? [12] L'ambassade sera-t-elle valablement accomplie par une partie seulement des ambassadeurs ?

Voyez en faveur du droit des femmes que Zouch semble d'ailleurs admettre de gérer les ambassades. *Phillimore*, II, p. 170.

recevoir un ambassadeur ? Selon Gentilis, on a toujours le droit d'interdire à un étranger le séjour du territoire, fût-il ambassadeur ; mais, dit Grotius, si le droit des gens ne prescrit pas de recevoir tous les ambassadeurs, un refus doit être motivé (1). [14] On peut ensuite chercher à apprécier jusqu'à quel point un ambassadeur est lié par son mandat [15], et dans quelles limites il engage le Prince qu'il représente s'il agit contrairement aux instructions qu'il a reçues (Gentilis, Grotius) ; [16] s'il peut intervenir dans les affaires particulières concernant ses compatriotes, et, [17] question plus spécieuse, s'il lui est permis de mentir.

[18] En ce qui concerne la sécurité des ambassadeurs, l'auteur se demande si elle est due par d'autres que ceux à qui ils sont envoyés, les princes, par exemple, dont ils doivent traverser le territoire [19]. Si elle est due également à un exilé du pays où on l'envoie comme ambassadeur? Gentilis conclut à la négative, Edwardus Cocus à l'affirmative (2). Il remarque fort exactement que les offenses faites à l'ambassadeur offensaient autant l'Etat près de qui il est envoyé que celui qui l'envoie.

[12] L'ambassadeur dans le lieu où il remplit son ambassade, est-il passible de l'action civile ? Grotius, à l'encontre de Gentilis, se prononce pour la négative, solution moderne. De même Zouch expose assez longuement, et avec des exemples contemporains, l'inviolabilité de l'ambassade, qu'il ne croit pourtant pas, avec Paschalius, autoriser l'ambassadeur [21] à faire de sa maison un lieu d'asile pour les malfaiteurs.

[22] Si c'est l'ambassadeur lui-même qui a commis un délit, Zouch semble admettre, avec Grotius, qu'on doit le renvoyer à son Prince. Dans le cas unique où il se rendrait coupable de violence à main armée, on pourrait le

(1) *Phillimore*, II, p. 169.

(2) *Phillimore*, II, p. 173 et p. 211- Sur le passeport [18] Voy. *Wards*, II, p. 559.

mettre à mort, non avec la prétention de le juger, mais parce qu'on se trouve en droit de légitime défense (1).

Abandonnant alors cet ordre d'idées nous rencontrons une question qui, malgré les traités de Westphalie, était encore à l'ordre du jour [24] : Peut-on conclure des traités avec des gens d'une autre religion ? — et une autre, intéressante au point de vue du droit, car elle est d'une portée plus générale que son énoncé [25] : Si un souverain qui a promis des secours est tenu de les fournir lorsqu'il éprouve quelque difficulté à le faire ? Notre auteur expose ici une application hardie de la clause *rebus sic stantibus*. En 1585 la reine Elizabeth d'Angleterre promit aux fédérés de Belgique des secours en hommes et en argent, mais se fit relever de son engagement par des juristes qui déclarèrent que toute convention devrait s'entendre *rebus sic stantibus*, et que le prince était tenu davantage envers l'intérêt de la République qu'envers sa propre promesse.

[36] Peut-on révoquer les privilèges de commerce ou de négociation dont on est convenu avec les étrangers ? Zouch n'admet pas que les privilèges puissent aller jusqu'à favoriser les étrangers au détriment des nationaux ; et cite à l'appui une négociation entre la reine Elizabeth et les villes Hanséatiques. Il termine par une question qui préoccupa longtemps les publicistes anciens du droit constitutionnel et conclut comme beaucoup d'entre eux (V. Bodin) :

[29] Le successeur est-il lié par le traité passé par son prédécesseur en l'absence de toute stipulation de durée ? Ainsi, quand Charles-Quint demande à Edouard VI d'An-

(1) Toutes ces questions seront reprises dans la *Solutio quæstionis*. Voyez, *Phillimore*, II, p. 196, qui cite ce dernier ouvrage, ainsi que les opinions de Wicquefort, Bynkershoek, Vattel. — A propos de Mendoza, *id.*, II, p. 199, il cite Hottoman et Gentilis et Zouch, *Solutio quæstionis*, p. 205 ; il rapporte le cas de don Pantaléon, et l'opinion de Zouch sur l'inviolabilité de la suite, différant de celle de Grotius — V. aussi, De Martens, ccii ; et Wards, *loc cit.*, p. 552.

gleterre des troupes pour secourir les provinces belges, menacées par le roi de France, en vertu d'un traité conclu en 1542 avec Henri VIII, le roi d'Angleterre ne se considère pas comme tenu. Grotius distingue sur ce point si le traité était personnel aux souverains, ou conclu pour le bien du royaume.

La question était la même en droit interne pour ce qui concernait les dettes publiques (1).

Pour en avoir fini avec les controverses de *Judicium* en temps de paix il ne reste plus que les délits (2).

Zouch examine ici une série de cas, et se demande d'abord si les offenses faites à des particuliers atteignent le Prince ou l'Etat dont ils sont sujets ? Il cite sur ce point une contestation entre les Poméraniens et les Belges où Grotius donne une réponse négative.

[2] Vient ensuite la grosse question de l'extradition : Lorsqu'un déserteur s'est rendu coupable d'un délit dans sa patrie, le souverain du territoire où il est découvert est-il tenu de le livrer ?

La doctrine de Zouch est bien que l'extradition n'est pas de droit, mais qu'on fait souvent des traités à ce sujet. Il cite plusieurs exemples contemporains (3).

(1) Nous avons négligé quelques points secondaires :

[23] Peut-on contracter mariage par l'intermédiaire d'une tierce personne ?

[27] Un traité stipulé au sujet d'alliés, s'applique-t-il aux alliés futurs ?

[28] Si des alliés sont en guerre, auxquels doit-on porter secours ?

[30] Les traités doivent ils s'interpréter à la lettre, ou faut-il tenir compte du juste et du bien ?

[31] Le serment arraché par ruse oblige-t-il ? — [32] Et le serment arraché par la crainte ?

(2) Section 5.

(3) Autres questions. — [3] Un souverain qui accueille des gens coupables d'un délit se rend-il coupable lui-même ? — [4] Un prince est-il tenu par les délits de la collectivité commis sous son prédécesseur ? — [5] Un prince doit-il se venger des outrages qu'il a reçus de ses sujets quand il était homme privé ?

[3] L'auteur envisage alors des situations où, sans violer expressément le droit de ses voisins, il se peut qu'on les inquiète ou qu'on les lèse. Ce sera le cas de l'Etat, qui augmente ses armées et se fortifie sur son propre territoire. Commet-il un acte anti-amical ? (1) Il semble pencher vers l'opinion que soutient aussi Grotius, du droit pour chacun de prévenir un accroissement de forces trop considérables, et des armements manifestement belliqueux.

[7] Est-il anti-amical de recevoir les sujets d'un prince étranger sur son territoire ? Non, si ce n'est toutefois lorsqu'il s'agit de groupes considérables, à plus forte raison lorsqu'on cherche par ce moyen à s'approprier des territoires.

[8] Peut-on refuser le droit de passage aux nations amies ? [9] ou interdire le commerce à leurs sujets ? Le refus du passage se conçoit dans certains cas, notamment pour des troupes armées. En ce qui concerne le commerce, Zouch ne devait pas être embarrassé à l'époque où il écrivait pour trouver de multiples exemples de prohibition, et la doctrine qu'il nous expose est, malgré son désir de faciliter les relations commerciales, aussi rigoureuse que celles de ses contemporains. Elle admet jusqu'à la prohibition de tout ce qui pourrait affaiblir la foi religieuse.

[10] Sous la rubrique plus générale, des cas où l'on peut s'emparer du bien d'autrui malgré son maître et en user sans son consentement, nous trouvons discutée une pratique qui n'était point connue que des régences barbaresques : la réquisition pour la guerre des vaisseaux étrangers touchant dans les ports, et que plus d'un ancien traité vise expressément (2).

(1) Zouch dit : *contra amicitiam*. Il semble qu'il y ait là comme l'ancêtre de l'expression si anglaise : *unfriendly*, *antiamical* que nous avons employée.

(2) V. aussi : [11] S'il est quelquefois permis aux étrangers d'envahir le territoire d'une autre nation, en se fondant sur ce qu'un territoire désert ou inculte est tenu pour inoccupé ? — [12] Si l'on peut venir au secours d'étrangers accablés par ses alliés.

[13] Enfin, sur une question de large portée et qui termine bien cette première partie du *Judicium*, l'auteur nous expose une solution remarquable. Peut-on ne pas observer les promesses faites dans un traité ? Si l'un des contractants viole un seule cause du traité, on peut se dégager des autres, car chacune a la valeur d'une condition.

La doctrine est sur ce point déjà très nettement fixée.

B. — *Judicium en temps de guerre.*

Avant d'entrer dans l'examen des controverses que soulève l'état de guerre, Zouch donne quelques notions générales, examine quand la guerre est licite, se demande si elle peut être juste pour les deux belligérants, si elle peut être entreprise par ceux qui n'ont pas le pouvoir suprême. La partie consacrée au « Jus » nous a fait connaître déjà sa pensée sur ces points. Le devoir de l'Etat est de tenter par tous les moyens d'obtenir satisfaction avant d'en venir à la guerre (1) Il envisage aussi quelques questions plus spéciales (2), telles que celles des représailles (3) et même des cas particuliers (4), se demandant si l'opposition de la Ligue à Henri de Navarre était légitime (5). Puis, fidèle au plan adopté, il aborde les questions d'Etat entre ceux qui sont en guerre (6).

Elles ont trait à la condition des souverains des Etats ou de leurs sujets, en tant qu'il faut savoir si certains individus doivent être tenus pour *hostes* ou pour *inimici*.

(1) Phillimore, *op. cit.*, III, p. 2.

(2) [4] Peut-on entreprendre une guerre pour une cause ancienne ?

(3) [7] Représailles, *Largo sensu*, c'est-à-dire cette doctrine qui rend solidaires tous les sujets d'une nation.

(4) [5] Elizabeth avait-elle le droit de prendre sous sa protection les Belges révoltés contre le roi d'Espagne, en 1575 ?

(5) [6] Les sujets ont-ils le droit de conspirer pour cause de religion contre l'héritier légitime du trône ?

(6) Section 7.

Peut-on considérer comme ennemis ceux qui violent le droit naturel et leur déclarer la guerre [2] ; doit-on considérer comme ennemis ceux qui sont d'une autre religion ? etc. (1). La dernière question de cette section effleure la théorie de la belligérance : [7] Si les sujets Belges avec lesquels le Roi d'Espagne consentit à traiter se trouvaient par là soustraits à sa souveraineté.

La suivante (2) traite des questions de propriété et Zouch en conçoit de deux sortes : les unes se rapportant aux acquisitions faites par les soldats, les pirates, les particuliers (*de acquisitione particulari*), les autres aux acquisitions de territoires ou de royaumes envahis ou soumis (*de acquisitione universali*), distinction que nous connaissons déjà. Ses préoccupations sous ce point de vue sont de ce genre : Les choses prises par l'ennemi et transportées sur un territoire ami, doivent-elles être rendues à leurs premiers maîtres ? Ainsi des navires espagnols pris par les Hollandais, ayant été menés dans un port anglais, les Espagnols en demandèrent restitution au tribunal de l'Amirauté qui l'accorda.

Est-il permis de piller les biens de ceux dont les places fortes et les champs sont occupés par l'ennemi ? Question qui laisse supposer que l'on admet l'affirmative, en ce qui concerne les biens des ennemis eux-mêmes (3).

Mais voici qui présente plus d'intérêt : Les prises maritimes et la contrebande de guerre.

(1) [3] Si l'on doit considérer comme ami, un sujet ennemi, vivant en pays ami. — [4] Si l'on doit considérer comme ennemi (*inimicus*) le sujet d'une nation amie, résidant chez les ennemis. — [5] S'il faut traiter en ennemis (*hostes*) les recrues se rendant à l'armée ennemie. — [6] S'il faut considérer comme rebelles des étrangers combattant avec des sujets révoltés.

(2) Section 8.

(3) [1] Les choses prises sur l'ennemi deviennent-elles la propriété de ceux qui les prennent avant d'avoir été mises en lieu sûr ? [3] Une chose peut-elle être considérée comme prise, quand elle ne peut plus échapper à celui qui la poursuit ?

Est-il permis de prendre les biens des amis sur un navire ennemi ? La formule courante au temps de Zouch c'est que, si le navire est de bonne prise, la marchandise l'est aussi. D'après Grotius ce n'est là, cependant, qu'une simple présomption qui peut être détruite par des preuves contraires ; c'est ainsi du moins que, dès 1338, le Sénat de Hollande envisageait la question dans une guerre avec les villes Hanséatiques.

Inversement, les navires amis qui transportent des cargaisons ennemies (*inimicorum bona*) sont-ils de bonne prise ? Zouch nous rapporte que la Cour de l'Amirauté Anglaise conclut à l'affirmative (1).

La contrebande fait aussi l'objet de plusieurs questions :

Quelles sont les choses dont on peut intercepter le passage chez l'ennemi ? Ce sont, d'après Grotius, celles qui ne servent qu'à la guerre, ou peuvent y être utilisées : comme les armes, l'argent, les vivres.

Mais peut-on également intercepter la matière dont sont faites ces choses prohibées ? Le fer qui sert à fabriquer les armes, le bois dont on construit les navires ? Zouch l'affirme (2).

(1) V. *Phillimore*, III, p. 307, à propos de la maxime : Vaisseau franc, cargaison franche. Gentilis et Zouch, partisans de la saisie de la propriété ennemie sur vaisseau neutre, citent le « Discours sur la conduite du Gouvernement anglais envers les nations neutres » (Jenkinson, 1758).

Voy. aussi p. 684 : « The righs and Duties of Captors with, référence to the conduct of the suit. Il cite Zouch, *Jurisdictio of admyralty*, ch. iv, p. 101. Il faut une commission de prise pour que la capture soit bonne.

(2) Bynkershœk est d'avis contraire. V. *Phillimore*, III, p. 414. Mais la loi de la contrebande ayant un caractère pénal doit s'interpréter strictement. et la prohibition d'une chose dont on peut faire un objet utile à la guerre ne s'étend pas à ses composants. Le détail est poussé ici jusqu'à l'analyse chimique.

[11] *Quid* des accessoires des choses prohibées, par exemple des fourreaux d'épée, etc., etc. (1).

[13] La marchandise permise voyageant avec la marchandise prohibée est-elle soumise à confiscation? On voit que notre auteur ne craint pas ici les détails ; il n'en a pas encore fini, cependant, avec les prises, car il se demande : [14] Si le navire marchand qui ne cargue pas ses voiles à l'ordre d'un navire de guerre étranger est de bonne prise. — Il y a là une ébauche de la théorie du droit de visite, sous l'aspect d'une question de cérémonial maritime. Pour Zouch, ce cérémonial sur la mer libre, non soumise à la domination d'un Etat, dépend de l'agrément mutuel du *Comity* (2). Il professe l'opinion correcte, surtout aux yeux des Anglais qui n'hésitèrent pas, en 1739, à faire la guerre à l'Espagne sous ce prétexte, et applaudit à la décision de la Cour suprême française, qui revise une sentence ayant condamné un vaisseau de Hambourg pour avoir refusé de saluer un vaisseau français dans les eaux espagnoles.

Puis, abandonnant la mer pour la terre ferme, Zouch entre dans une série de dissertations dont l'intérêt nous échappe : [17] (Si celui qui prête son cheval à un soldat, doit participer au butin fait par ce soldat (3), etc.) — et des cas particuliers dont il suffit de citer des exemples : [21] Ferdinand d'Espagne était-il dans son droit en occupant le royaume

(1) [11] Quelle sera la solution au cas où les choses prohibées seront saisies en cours de route avant d'être arrivées à destination de l'ennemi ? — A-t-on le droit d'arrêter ceux qui reviennent de chez l'ennemi, aussi bien que ceux qui s'y rendent ? — [12] Peut-on faire passer du tabac à l'ennemi ?

(2) V. *Phillimore*, II, p. 49. Il cite dans le même sens Bynkershœk.

(3) [16] Si dans la prise d'une ville la rançon est due à celui qui le premier est entré dans la maison du prisonnier, ou à celui qui a découvert ensuite le prisonnier caché dans sa maison. — [18] Lorsqu'un prisonnier fait dans une bataille, est une seconde fois capturé, à qui revient le prix de sa rançon ? [19] Si un prince fait prisonnier par un simple soldat peut être retenu par lui ? — [20] Si une ville prise d'assaut perd ses droits ?

de Navarre après en avoir chassé Jean d'Albret? [26] Le roi de Suède avait-il le droit d'envahir l'Allemagne avec son armée, etc. (1).

De même nous passons très rapidement sur les cinquante-six questions traitées dans la Section suivante. Bien qu'elles traitent des obligations en temps de guerre, et par suite des rencontres, ambassades et traités militaires, très peu méritent de nous retenir (2).

(1) [23] Philippe II, roi d'Espagne, a t-il justement chassé du trône de Portugal le roi Antoine ? — [23] Les Portugais étaient-ils dans leur droit en chassant du trône Philippe IV, pour y placer Jean de Bragance ? — [24] Ferdinand renié par la Bohême, avait-il le droit d'occuper le Royaume par la force des armes ? — [25] L'Empereur Ferdinand avait-il le droit de déclarer le Palatin Frédéric déchu de l'Electorat ?

(2) [1] Peut-on trancher les différends entre les princes par un combat singulier ?

[2] Un roi en possession du trône, peut-il être provoqué par un prétendant ?

[3] Le général d'une armée provoqué par l'ennemi peut-il décliner le duel sans déshonneur ?

[4] Un soldat peut-il provoquer en duel son supérieur ?

[5] Dans une guerre publique quelqu'un peut-il décliner un duel pour cause d'amitié privée?

[6] Dans un duel celui qui arrive en retard sur le lieu du combat est-il dans son tort ?

[9] Est-il permis de maltraiter les étrangers surpris sur le sol ennemi ? Est ennemi, dit Livius, quiconque est dans un poste ennemi, car il est en état de nuire. La question se résout autrement s'il ne s'agit que de représailles.

[10] Le fait de demeurer sur le lieu du combat décide-t-il de la victoire ?

[11] Est-ce la qualité de ceux qui sont tués ou faits prisonniers ou leur nombre qui décide la victoire ?

[12] Ceux qui se retirent lorsque surviennent des troupes fraîches doivent-ils être considérés comme vaincus ?

[13] Le prix du combat est-il dû à celui qui a tué l'adversaire ou à celui qui l'a mis en fuite ?

[14] Si une récompense a été promise à celui qui, le premier, es-

[7] Peut-on poursuivre les ennemis sur un territoire ami ? [8] Peut-on faire passer par le territoire ami un prisonnier pris chez l'ennemi ? — La question s'étant présentée lors de la guerre entre les Génois et les Milanais et ceux-ci ayant fait passer des prisonniers sur le territoire de Bologne, le légat pontifical consulta le célèbre jurisconsulte Jean d'Immola qui vit là une violation du droit des gens.

[17] Peut-on recevoir les ambassadeurs ennemis dans le camp et dans le lieu assiégé ?

caladera les murs d'une ville et qu'il y en eût deux, à qui est-elle due ?

[15] Un hérault doit-il demander autorisation pour passer sur un territoire étranger ?

[16] Ceux qui font une guerre injuste (*injusti hostes*) peuvent-ils se réclamer du droit d'ambassade ?

[19] La sécurité qu'assure un sauf-conduit accordé pour voyager, est-elle due à celui qui fait ses préparatifs de départ ?

[20] La sécurité accordée pour l'aller est-elle due pour le retour ? — [21] S'étend-elle à d'autres voyages ? — [22] A un autre que celui à qui le sauf-conduit a été accordé ? — [23] Lorsque la guerre vient à éclater peut-on violer la sécurité garantie pendant la paix ?

[24] Celui qui est renvoyé sous condition de revenir au cas où un autre ne serait pas rendu à son lieu et place, est-il tenu de revenir si l'autre meurt dans l'intervalle ?

[27] Peut-on se venger d'une violation de trêve pendant que la trêve dure encore ?

[28] Les femmes prisonnières devront-elles être rachetées à prix d'argent ?

[29] Ceux qui sont faits prisonniers dans une bataille rangée doivent-ils payer plus cher pour leur rançon que ceux qui sont pris d'autre façon ?

[30] Un simple soldat est-il tenu de payer à l'ennemi ce dont il a été convenu pour sa rançon ?

[32] Faut-il accepter une reddition faite trop tard.

[33] Peut-on retenir le général quand, dans le traité, on a permis la liberté aux soldats ? Subtilité absurde, dit Gentilis, le commandant d'une garnison est compris parmi les soldats comme le père dans la famille.

[37] Est-il permis aux femmes qui ont obtenu l'autorisation

[18] A-t-on le droit d'arrêter un ambassadeur se rendant auprès de l'ennemi ? Cela ne fait pas de doute, si l'on soupçonne qu'il trame quelque chose contre ceux à travers le territoire desquels il passe. [25] Doit-on compter le temps des trêves du jour ou du moment même où elles sont conclues. La question se posa lors de la prise de Vignal par le général de Bissac, le 5 février 1555, lors de la trève des Pyrénées conclue entre Philippe d'Espagne et Henri de France. [26] L'individu demeuré chez l'ennemi, par force majeure après l'expiration de la trêve, est-il exposé aux inconvénients de la guerre.

[31] Les conditions d'une capitulation accordée par un général doivent-elles être ratifiées par le pouvoir suprême ? D'après Grotius, les généraux n'ont pas le droit de disposer des conquêtes une fois faites, mais ils ont le droit de traiter

d'emporter avec elles ce qu'elles pourront, d'emporter aussi leurs maris ?

[38] Quand il est connenu qu'on pourra sortir avec les vêtements, peut-on emporter les armes ? Gentilis montre que les vêtements et les armes ne se confondent pas.

[39] La sécurité accordée aux personnes s'étend-elle aux biens ?

[41] Celui qui est envoyé pour traiter de la capitulation est-il tenu par des conditions posées pendant son absence ?

[42] Une erreur dans l'exécution de la capitulation en entraînera-t-elle la nullité ?

[43] Les traîtres qui se sont rendus en cette qualité peuvent-ils être punis par ceux à qui ils se sont vendus ?

[48] Lorsqu'on stipule qu'à la paix on demeurera en possession des lieux occupés pendant la guerre, les villages et fermes voisines des villes occupées sont-ils compris dans la clause ?

[50] Lorsqu'on est convenu de rendre les biens ou leur valeur, suffit-il, lorsqu'on réclame les biens qui subsistent, d'en offrir la valeur ?

[51] Doit-on rendre en ce cas le prix des biens qui ont péri par accident, et par suite de négligence ?

[52] Peut-on détruire une ville après avoir promis qu'elle serait sauve ?

[53] Peut-on contrevenir à un traité de paix après l'avoir provoqué ?

des conditions de la reddition, cela rentre dans la conduite de la guerre, d'autant mieux qu'il est souvent impossible de consulter le Gouvernement.

[34] Peut-on, après avoir permis la retraite libre à l'armée, retenir ceux de ses propres sujets qui y combattraient? Gentilis admet l'affirmative.

[35] Doit-on la vie à ceux qui se rendent à la loyauté et à la clémence de l'adversaire? Balde et Gentilis soutiennent l'affirmative.

[36] Ceux qui se rendent sous condition d'avoir la vie sauve peuvent-ils être retenus esclaves, ou prisonniers? Gentilis dit que celui qui n'a traité que pour la vie, peut être fait esclave, attendu que ce n'est qu'une subtilité de droit civil qui assimile les esclaves aux morts.

[40] La reddition d'une partie de la population profite-t-elle à la population tout entière. Gentilis le croit, surtout quand il y a eu consultation populaire et que la majorité a été pour la capitulation.

[41] Les traités de paix conclus par les généraux obligent-t-ils le souverain ou l'Etat? L'auteur nous renvoie ici à cette paix que rapporte Salluste, conclue entre Aulus et Jugurtha. Le sénat déclara que tout traité conclu sans son ordre et sans l'avis du peuple romain était nul. C'est en effet la solution relative aux pouvoirs des généraux. Un cas douteux, nous dit Zouch, est celui où le pouvoir suprême ayant eu connaissance du traité a gardé le silence. Ce silence en lui-même ne suffit pas à faire considérer le traité comme ratifié, il faut qu'il s'y ajoute certaines circonstances faisant présumer la volonté de le ratifier.

[45] Si l'engagement pris par un général déplaît à son Gouvernement, ceux avec qui il a été conclu doivent-ils être restaurés dans le *statu quo ante?*

[46] Celui qui conclut un traité étant en captivité est-il tenu de l'observer quand il a recouvré sa liberté? Ici ne pouvait manquer la mention du traité de Madrid, entre François Ier et Charles-Quint, et l'opposition des Etats-Gé-

néraux, que Zouch appelle Parlement, et à qui vont toutes ses sympathies.

[47] Quand, en faisant la paix, on convient de restituer ce qu'on possédait avant la guerre et qu'il y a eu trêve, cela doit-il s'entendre de ce qu'on possédait avant le début de la guerre ou avant qu'elle recommençât ? Gentilis interprète dans le sens plus large cette sorte de *statu quo ante bellum*.

[49] Quand les conditions de la paix comprennent la reddition des places prises, peut-on refuser de rendre une ville, parce qu'elle vous a appartenu autrefois ? Calais ayant été reprise par les Français dans la guerre avec Philippe d'Espagne et la reine Marie, il fut convenu, au traité de Cateau-Cambrésis, qu'elle serait rendue au bout de huit ans. Le roi d'Angleterre ayant envoyé Thomas Smith pour la réclamer, les juristes, et Michel de l'Hôpital à leur tête, refusèrent la restitution, sous prétexte qu'à ce compte on pourrait aussi bien réclamer Paris qui avait été autrefois occupé par les Anglais.

Enfin quelques questions relatives aux otages (1) complètent cette longue suite de controverses sur la conduite de la guerre, où nous avons vu passer successivement sous nos yeux les combats singuliers, le droit des territoires neutres, la détermination de la victoire, les assauts, les parlementaires (2), les conventions militaires, trêves et armistices, les sauf-conduits, le droit des prisonniers et la rançon, les règles de la capitulation et du traité de paix. —

(1) [54] Des otages donnés dispensent-ils de tenir son serment ? — [55] Les otages peuvent-ils être retenus après la mort de celui pour qui ils ont été donnés ? — [56] Des otages fugitifs peuvent-ils être reçus par ceux qui les ont donnés ? — Rappelons que la dernière fois qu'il fut question d'otages entre la France et l'Angleterre, ce fut à la paix d'Aix-la-Chapelle, et pour la restitution du cap Breton.

(2) V. Phillimore, II, p. 159.

Lorsque les raisons de guerre ont cessé, nous dit l'auteur, la paix doit être rétablie (1).

Il ne nous reste plus, pour en avoir fini avec le *Judicium* et en même temps avec le livre entier, qu'à parcourir la série des questions pratiques se référant au délit entre ceux qui sont en guerre. Cette section, la dixième et la dernière de l'ouvrage, est beaucoup plus courte que la précédente ; elle envisage les belligérants dans trois situations : au début, au cours de la guerre, après la victoire, et s'ouvre par la question célèbre : Peut-on, en certains cas, commencer la guerre sans déclaration préalable ? C'est ainsi que le roi de Suède, Gustave-Adolphe, envahit l'Allemagne avec son armée.

On sait que les jurisconsultes anglais ont toujours admis que parfois la déclaration peut être omise (2), et que la pratique anglaise en a souvent sur ce point pris à son aise avec le droit des gens. Zouch nous rapporte que les jurisconsultes admettent cette pratique dans quatre cas : lorsqu'une guerre est entreprise pour cause de défense nécessaire ; — quand on porte la guerre chez ceux qui sont déjà considérés comme ennemis (*hostes*) ; — quand on prend les armes contre des rebelles ou des traîtres parce que le droit des gens ne leur est point applicable ; enfin quand des ambassadeurs envoyés pour obtenir satisfaction ne l'ont pas obtenue (3).

L'auteur se demande encore jusqu'à quel point il y a délit dans certaines pratiques fréquentes au cours de la guerre ([3] La ruse, [4] le mensonge envers l'ennemi, [5] l'usage des poisons, [6] l'assassinat, etc.)(4) et après la victoire. —

(1) V. Phillimore, III, p. 770.

(2) V. Phillimore, III, p. 85.

(3) L'auteur examine aussi le point de savoir, [2] si l'on peut commencer la guerre aussitôt après l'avoir déclarée ? — Oui, répond Grotius — Gentilis assure que l'usage est d'attendre trente-trois jours.

(4) [7] Peut-on abuser des superstitions de l'ennemi pour le

[9] Peut-on sévir après la capitulation contre les combattants qui, par une défense inutile, ont fait paraître trop de zèle? — [12] A-t-on le droit de tuer les prisonniers quand on n'a pas le moyen de les maintenir en son pouvoir ? Les Anglais, paraît-il, agirent ainsi à Azincourt, mais Gentilis réprouve cette conduite. — [15] Doit-on épargner les femmes qui remplissent à la guerre le rôle des hommes, et ont les armes à la main ? — Non, dit Gentilis, car elles ont ainsi renoncé aux prérogatives de leur sexe, etc.. (1).

Les mauvais traitements envers les vaincus, les violences envers les femmes, et la profanation des lieux saints, sont les préocupations par lesquelles s'achève le : *De Jure fecialis* (2).

III

Nous savons que cela n'est point toute l'œuvre de Zouch en droit international. Les conceptions d'ensemble qu'il avait des rapports de droit l'avaient conduit, dans ses ouvrages généraux, à considérer parfois incidemment les rela-

mettre en péril ? — [8] Le droit du talion est-il admis vis-à-vis de lui ? — [10] Comment faut-il traiter ceux qui profitent de pourparlers en vue d'une capitulation, pour mettre en état leurs retranchements et commettre des actes hostiles ?

(1) [11] Doit-on user de sévérité envers l'ennemi qui se rend quand il s'est montré perfide et inconstant ? — [13] Quel parti faut-il prendre envers ceux qui sont faits prisonniers une seconde fois ? — [14] Peut-on mettre à mort des otages pour un délit de celui qui les a fournis ? — Gentilis est pour l'affirmative ; et Grotius pour la négative.

(2) [16] Le viol est-il permis sur les femmes des vaincus ? — [17] Peut-on sévir contre les femmes et les enfants des vaincus ? — [18] Peut-on maltraiter les prêtres faits prisonniers ? — [19] Peut-on

tions des peuples entre eux. Plus spécialement il fut amené, dans l'étude de ses *communiones speciales*, à se référer plus ou moins directement au droit international. Il serait sans intérêt de rechercher toutes ces allusions ; notons toutefois quelques points de contact entre les dernières pages du *Jus inter gentes*, et la *Descriptio juris et judicii sacri*, et surtout dans son *Juris et judiciis maritimis et militari*, dans la partie consacrée au *Judicium*, les sections *de delicto*, où l'on trouve parlé brièvement de la contrebande maritime, et du secours porté aux ennemis (1). Enfin, dans la défense de la juridiction de l'amirauté, bien que Zouch ne l'envisage que relativement à la navigation anglaise, il se trouve parfois faire mention de l'œuvre de Selden, des lois de Rhodes, des *partidas* d'Alphonse IX et du consulat de la mer.

Mais ce ne sont là que des détails. Le savant professeur d'Oxford eut, dans une circonstance dramatique, l'occasion de mettre sa science en pratique, et de développer en un livre spécial un chapitre particulier de son *Jus inter gentes*. Ce second ouvrage de droit international est rarement cité et complète cependant la physionomie de notre auteur. Avant que de l'analyser rappelons les circonstances qui l'ont fait naître (2).

*
* *

Le 1er novembre 1653, au New Exchange, Don Pantaléon Sa, frère de l'ambassadeur portugais, conversait sur les af-

profaner à la guerre les choses sacrées et les objets religieux ? Gentilis est d'avis qu'en certains cas les temples même peuvent ne pas être épargnés ; soit qu'on les emploie à l'usage de la guerre, soit qu'on use envers l'ennemi de représailles.

(1) *Jur. et jud. milit. : Jud.* sect. V. *De delicto circa rem militarem si quis hostibus consilium, vel auxilium præbuerit, Jur. et jud. marit. judicium*, sect. V, *De delicto circarem nauticam. Si quis hostes navibus instruat. Si illicitæ merces navibus imponantur.*

(2) Hale, *Pleas of the crown*, I, 99. Wards, *op. cit.*, II, 535.

faires publiques avec quelques-uns de ses compatriotes, lorsque un certain colonel Gerhard rectifia l'une de leurs assertions. L'un des Portugais lui dit qu'il en avait menti et une bataille s'en suivit. Le colonel, sérieusement blessé, eût été tué sans l'intervention d'un gentleman qui prit sa défense. Les Portugais résolurent de se venger et, la nuit suivante, ils revinrent au nombre de cinquante, armés, couverts de cottes de maille, et accompagnés de voitures pleines de munitions, poudre, grenades, etc... Leur but était de massacrer tout ce qui se trouvait à portée et bientôt ils firent place nette, non sans avoir blessé grièvement plusieurs personnes. Un certain Greenaway, curieux de voir ce qui se passait, fut tué d'une balle dans la tête. L'arrivée des Horse Guards n'arrêta pas les furieux, ces soldats durent faire avec eux le coup de feu. Ils parvinrent cependant à en emprisonner quelques-uns, le reste s'enfuit et se réfugia à l'ambassade. L'ambassadeur fut requis de les livrer, et parmi eux son frère ; il le fit en intercédant pour lui. Mais Cromwell résolut, s'il le pouvait, de les juger selon la loi du pays. Devant le désaccord des plus éminents civilistes, il laissa la décision à une cour de délégués composée du Chief justice, de trois autres juges, de trois nobles, et de trois docteurs en droit civil. Sa fut interrogé en qualité de collègue de l'ambassadeur. Il invoqua le titre d'ambassadeur du roi de Portugal, prétendant par là n'être sujet à la juridiction de personne autre que son maître. On l'engagea alors à produire ses lettres de créance par lesquelles il ne put prouver qu'une chose, c'est que le gouvernement portugais avait l'intention de rappeler bientôt son frère et de lui confier l'ambassade. Ce fut jugé insuffisant pour lui accorder l'immunité, et la cour statua qu'il plaiderait comme ses complices à l'indictment (1). Il comparut de-

(1) Wards prétend, d'ailleurs, qu'eût-il été personnellement ambassadeur, les jurisconsultes anglais eussent décidé de même. Il apparaît au contraire, d'après la *Solution quæstionis*, que si Sa

vant le Upper Bench, à Westminster Hall, où siégait un jury d'hommes éminents parmi lesquels on cite, à côté de Zouch, M. Lucy, le Docteur William Clark, le Docteur W. Turner. On sait quelle fut sa condamnation et que c'est pour la justifier que Zouch écrivit la *Solutio quæstionis.*

*
* *

Cet opuscule d'une centaine de pages est intitulé : « Solution de la question ancienne et nouvelle, ou dissertation au sujet du juge compétent en matière de délit d'ambassadeur, dans laquelle l'opinion de Hugo Grotius est expliquée, pesée et corroborée. »

C'est en effet par l'exposé de l'opinion de Grotius que débute l'ouvrage (1) et la question primordiale est celle-ci : le juge compétent est-il celui près de qui l'ambassadeur est envoyé, ou celui qui l'envoie ?... Il y a là conflit de deux intérêts. L'utilité de la peine appliquée au lieu du délit l'emporte-t-elle sur l'utilité des ambassades ? Grotius ne le pense pas, parce qu'on a le droit d'exiger la punition de celui qui a envoyé l'ambassadeur. Quels seront donc les droits de celui qui reçoit l'ambassadeur, et que doit-il laisser à la juridiction de celui qui l'envoie ? Dans aucun cas Grotius n'admet le jugement et la punition au lieu du délit. Même au cas où l'ambassadeur serait coupable d'une tentative à main armée, on ne peut le mettre à mort après jugement, il n'est permis de le tuer qu'en cas de légitime défense. Pour parer à tout danger on pourrait cependant s'assurer de sa personne. Mais en cas de crime grave, de conjuration, de complot, on se bornera à le remettre aux mains de son souverain en exigeant réparation. Si le délit est moindre, on

avait pu prouver qu'il était actuellement ambassadeur, les délégués eussent admis ses conclusions.

(1) Chapitre Ier. L'ouvrage est en effet divisé en chapitres et non plus en sections comme le *Jus feciale.*

lui donnera seulement l'ordre de quitter le territoire, et si l'acte est insignifiant on le négligera.

C'est que le droit des gens rend la personne de l'ambassadeur inviolable et sacrée, qu'il est sous la protection de la foi publique, qu'il représente la majesté de son maître et ne relève pas des juridictions du territoire où il remplit son ambassade (1).

A ces raisons en faveur de l'immunité de l'ambassadeur, Zouch oppose aussitôt celles qui vont à l'encontre (2).

L'inviolabilité de la personne de l'ambassadeur, répond-on, ne peut avoir pour résultat de protéger ses crimes, la foi publique ne peut couvrir la fraude ni la perfidie, la personne du souverain que l'ambassadeur représente ne le met point à l'abri du châtiment et, d'ailleurs, il est nécessaire que le crime soit puni au lieu du délit. Certains disent même que l'ambassadeur ordinaire ne participe pas au droit des gens mais seulement l'ambassadeur extraordinaire.

Le chapitre suivant réfute ces arguments, puis viennent (3) les exemples historiques en faveur de l'immunité des ambassadeurs, soit dans leurs délits contre l'Etat ou le souverain, soit dans leurs délits contre les particuliers. Parmi les nombreux cas cités mentionnons celui de l'évêque de Ross (4), et surtout, comme on pouvait s'y attendre, le complot de Mendoza et de Throgmorton ; puis l'auteur expose les exemples historiques qui militent contre l'immunité (5). C'est dans un chapitre spécial (6) qu'il discute

(1) Chapitre II.

(2) Chapitre III.

(3) Chapitre V.

(4) Lesley, évêque de Ross, était l'ambassadeur de Marie Stuart ; il n'est pas un complot contre Elizabeth auquel il n'ait pris part. Il fut emprisonné à la Tour.

V. Wicquefort, *Mémoires touchant les ambassades*, et aussi : Nys, *Origines du droit international*.

(5) Chapitre VI.

(6) Le septième.

la valeur de ces exemples et les opinions de Hottman et de Gentilis à propos de Mendoza. On y trouve le résumé du livre « Le Parfait ambassadeur », traduit de l'espagnol en français par le sieur Lancelor, et imprimé à Paris en 1642 (1).

Puis le titulaire de la chaire de droit Romain réapparaît et nous expose soigneusement les arguments tirés du droit civil en faveur de l'immunité. « Le préteur, dit Ulpien, n'a aucun droit sur le préteur, le consul sur le consul (Digeste, l. 1354...) (2) et ainsi de suite en notant exactement les références. Les arguments qu'il tire du même droit civil contre l'immunité de l'ambassadeur suivent de la même façon (3). « Il ne faut pas, dit Julien, que les crimes restent impunis (D. l. 51) ». De même que les exemples historiques contre l'immunité avaient fait l'objet d'une réfutation spéciale, de même les textes du droit Romain, favorables à cette immunité, sont critiqués dans le chapitre X dont le résumé paraît être dans cette idée : qu'il importe à la vérité à la communauté des nations que les crimes des ambassadeurs soient punis, comme il importe aux Etats de punir ceux des citoyens ; mais que de même qu'il faut observer le droit civil dans les répressions de ces derniers, de même faut-il observer le droit international en ce qui concerne les premiers.

Les côtés historiques et théoriques de la question ainsi épuisés, Zouch expose l'état de la doctrine. Il réunit en un groupe (4) les auteurs dont les opinions se rapprochent le plus de celles de Grotius. Ce sont : Gentilis (1585), Paschalius (Carolus), Conseiller du Roi de France dans le Sacré

(1) Chapitre VIII.

(2) Comme s'il y avait un argument d'analogie à tirer de ce fait, et comme si l'on pouvait comparer avec exactitude les rapports de deux fonctionnaires d'un même empire à ceux de deux princes indépendants.

(3) Chapitre IX.

(4) Chapitre XI.

Consistoire (1600), Johannès Hotoman, fils de François Hotoman Gallice, et Frédéricus Marsellaer, chevalier espagnol. Puis en un autre groupe (1) sont rangés ceux qui plus ou moins diffèrent d'opinion avec Grotius ; ce sont, Conradus Brunus, conseiller des princes de Bavière (1548), Hermann Kirchnerr (1604), Christophore Besolde, Antecessor Tubingensis (1624), l'*Author questionis veteris et novæ*, anonyme dont l'œuvre était alors assez célèbre pour que notre auteur la reprît dans son titre. Son opinion propre agrée avec celle de Grotius en ce qui concerne l'ambassadeur, mais nous avons vu dans le *Jus inter gentes* qu'elle est beaucoup moins catégorique en ce qui concerne la suite de l'ambassadeur, et l'inviolabilité des immeubles de l'ambassade. Très loyalement, d'ailleurs, il nous expose aussitôt (2) les remarques et les critiques que Grotius fait des doctrines divergentes.

Enfin l'ouvrage s'achève (3) par l'examen du cas qui l'avait fait éclore. Quel est le juge compétent pour les délits commis par les compagnons à la suite de l'ambassadeur ? C'est toujours l'opinion de Grotius qui est la base de la discussion. L'inviolabilité de la suite de l'ambassadeur est d'un genre spécial ; elle n'est inviolable qu'accessoirement et, dit Grotius, selon la volonté de l'ambassadeur lui-même. S'il y a délit, c'est à lui qu'il faudra demander de livrer les coupables, s'il refuse, c'est au souverain dont ils dépendent qu'on adressera la sommation.

Zouch oppose à cet avis la théorie qu'il applique à Don Pantaléon ; pour lui, ce qui soumet les membres d'une ambassade à la juridiction du territoire où s'est commis le délit, c'est d'abord qu'ils ne participent pas aux qualités qui confèrent l'immuniét de la même façon que l'ambassadeur, c'est ensuite que l'ambassadeur lui-même inspire

(1) Chapitre XII.
(2) Chapitre XIII.
(3) XIVe et dernier chapitre.

beaucoup plus de confiance que les personnes de son entourage.

Ainsi se termine avec la *Solutis quæstionis* l'œuvre de Zouch en droit international ; elle est considérable et on l'a louée à juste titre, mais quelle est sa valeur exacte? c'est ce qu'il faut essayer d'apprécier maintenant que l'analyse permet d'en embrasser l'ensemble d'un coup d'œil.

IV

L'impression dominante à la lecture de Zouch est celle d'une absence complète d'originalité ; il s'est servi, dit-il lui-même, de ses prédécesseurs et particulièrement de Gentilis et de Grotius, *historico jure peritos*. C'est en effet, pour employer une métaphore dont il use lui-même, à leur balance qu'il pèse ses opinions (1). Il fut peut-être, en droit international comme en droit civil, l'homme le plus savant de son temps, « les pandectes vivantes de la Loi », mais il n'enseigna guère que ce qu'il avait appris, et son œuvre se réduit à peu de chose, dégagée des emprunts faits à ses devanciers. Wheaton dit quelque part que son œuvre est un résumé de Grotius. Elle n'est pas que cela, mais évidemment Grotius et Gentilis lui ont fourni la ma-

(1) *Ille* (Grotius) *ad juris* (*positivi*) *hic* (Gentilis) *ad rationis trutinam quæ tradit expendit*. En ce qui concerne plus particulièrement Gentilis, on pourra peut-être trouver qu'il avait devancé Zouch sur bien des points où nous faisons de ce dernier un précurseur (en ce qui concerne, par exemple, l'importance donnée au droit de la paix), mais il n'avait point agi avec le même parti pris ni aussi nettement. Il est plus personnel de beaucoup mais moins méthodique.

tière qu'il s'est merveilleusement assimilée. On ne peut nier pourtant qu'il la fasse sienne, et rien ne serait plus injuste que de l'accuser de plagiat ; la façon honnête et franche dont, à chaque instant, il se réfère aux enseignements de ses prédécesseurs en est une preuve suffisante.

Si l'on peut regretter que Zouch n'ait rien innové quant aux doctrines, il faut lui savoir gré d'avoir été le premier vulgarisateur de notre science. Pour la première fois nous avons un ensemble, un tout coordonné et de dimensions abordables. C'est un manuel, mais n'est-ce pas un titre que d'avoir donné le premier manuel de droit international, d'autant plus que Zouch, qui fut un professeur, le demeure dans ses écrits, et que non content d'avoir acquis la science par lui-même, il la répand à profusion. On a pu critiquer l'ordonnance de ce manuel, mais on ne peut nier qu'elle soit simple et nette ; on y peut trouver immédiatement le point à éclaircir, le cas qui préoccupe ; le style est d'une concision relative, remarquable cependant pour l'époque ; il est clair, bien que le latin qu'il emploie n'ait avec celui des classiques qu'une parenté fort lointaine. Ce sont là des qualités très appréciables. Certains commentateurs les ont à plaisir exagérées ; pour beaucoup, ce qui met l'œuvre de Zouch hors de pair, c'est qu'elle est un exposé complet du droit international. Or, tout en reconnaissant qu'il a fait un effort louable pour atteindre ce but, on ne peut s'empêcher de reconnaître, à lire l'analyse précédente, qu'il n'a pas pleinement réussi. D'un côté, en effet, plusieurs théories du droit des gens sont passées complètement sous silence. Ainsi, ayant étudié les personnes du droit des gens et spécialement les Etats, il omet de nous parler des nationalités et de nous faire la théorie si incertaine encore, mais si importante par ses conséquences, des diverses formes d'Etats. Il ne dit rien non plus des consuls. S'il parle de la mer, il oublie les fleuves. Parmi les modes de solution violents des conflits internationaux autres que la guerre, il ne cite que

les représailles, et ne dit rien, par exemple, du blocus, pourtant pratiqué de son temps. L'arbitrage est également négligé, et, quant à la neutralité, il ne l'envisage qu'incidemment, négligeant totalement la neutralité perpétuelle et s'occupant de la neutralité en temps de guerre bien plutôt pour fixer les droits des belligérants que pour exposer les devoirs des neutres. C'est pourtant beaucoup, de la part d'un auteur du XVIIe siècle, d'avoir songé à la neutralité.

D'un autre côté, il est plusieurs autres sujets qu'il n'a point omis sans doute, mais dont il serait difficile de dire qu'il les a traités. Ils se trouvent disséminés parmi ses innombrables sections, au lieu d'avoir leur individualité propre et venir se grouper autour d'une formule, d'un titre, qui en personnifie la théorie. Il en est ainsi de l'annexion, des droits des Etats, et de l'intervention. Il faut pourtant le louer d'avoir posé d'une façon formelle le droit au commerce, il y voit un droit essentiel, le droit à l'existence, et y revient à diverses reprises. On ne trouve pas non plus la théorie spéciale de l'occupation militaire, des clauses et de l'exécution des traités, de la guerre maritime qu'il ne traite point à part de la guerre terrestre. Il est vrai qu'en revanche certains chapitres sont tracés avec une ampleur et une sûreté de main admirables ; le droit de représentation, par exemple, et tout ce qui se rapporte aux ambassades et aux missions diplomatiques. Le luxe des détails s'y change parfois même en prolixité (1). Il en est de même des droits des souverains, de ceux des sujets, de l'extradition, du territoire terrestre et maritime, des traités en général, de la déclaration de guerre, du traitement des prisonniers, etc., etc. ; en un mot, de tout ce qui répondait aux préoccupations dominantes de son époque.

(1) Cette prolixité tourne même parfois à la puérilité. On ne peut s'empêcher de sourire en voyant disserter sérieusement sur les inconvénients du mariage par ambassadeur, ou sur le point de savoir si les femmes à qui l'ennemi permet d'emporter leurs effets

Telle est la façon dont il faut entendre le « complet » de son œuvre, et l'on doit se garder d'une tendance fréquente qui consiste à la moderniser outre mesure. Le *Jus inter gentes* fut écrit en 1650, il serait injuste de lui demander d'affecter la forme d'un « Handbuch » du XIXe siècle.

Pour la même raison, serait-il oiseux et trop facile de blâmer chez Zouch l'influence persistante du droit romain. On peut la constater, mais non lui en faire un reproche ; bien au contraire, faut-il lui rendre dans cet ordre d'idées un hommage mérité. Tandis que tous ses devanciers, y compris Grotius, cherchaient uniquement dans l'histoire romaine les exemples pour illustrer leurs démonstrations, c'est parmi ses contemporains, dans les faits et gestes des princes de l'Europe, que Zouch prend de préférence les siens. Il y a là une hardie innovation (1), et la source de trouvailles fructueuses. Le droit international acquiert, à la lumière de faits récents et d'opinions actuelles, une vie qu'il n'avait pas jusqu'alors, il descend des froides positions qu'il avait prises et nous intéresse davantage ; de plus, n'est-il pas permis de croire, qu'en le dégageant de l'histoire ancienne on fait un pas considérable vers son affranchissement des anciennes doctrines et des anciens juriconsultes. Zouch a, par là, rendu un inappréciable service à ses successeurs.

Malheureusement, il n'a peut-être pas retiré lui-même de cette circonstance tout le profit qu'on pourrait croire ; son œuvre révèle en effet une inconcevable faiblesse théorique. Les indices les plus apparents en sont cette façon scholastique de traiter les questions par le pour et le contre, par l'exposé des doctrines diverses qu'il emploie dans tout le *judicium* du *Jus feciale*, qu'il reprend dans sa *Solutio*, et

peuvent y joindre leurs maris, si le tabac est un objet de contrebande, de guerre, etc.

(1) Il procède sur ce point encore de Gentilis, mais le disciple ici est bien supérieur au maître par le choix et le nombre des exemples.

cette répugnance extrême à se prononcer lui-même. Cette faiblesse se manifeste bien plus encore dans la façon dont est traitée la première partie, la partie purement théorique du *Jus inter gentes*. Il ne semble avoir distingué l'élément naturel de l'élément positif que pour renverser leur importance respective, et le seul volume matériel de toute cette première partie montre qu'il n'y attachait point un intérêt en rapport avec celui qu'elle présente en réalité. Les principes du droit des gens y sont bien plutôt paraphrasés que scientifiquement développés, et, là encore, des exemples absorbent la meilleure partie du texte. On reconnaît à ce signe l'un des représentants de la doctrine positive (1).

Cependant n'en est-il pas le plus ardent et l'avons-nous vu plusieurs fois attester l'influence de la *rationis communis humanæ*. Quelle fut donc sa place dans l'école anglaise ?...

*
* *

La doctrine positive avait pris sa source dans le droit de la guerre de Grotius, mais loin de suivre avec docilité son impulsion, elle sembla en Angleterre prendre le contre-pied de ses doctrines. Ce n'est pas seulement, en effet, dans son *Mare liberum* que Selden (2) combattit Grotius, mais dans

(1) Sa faiblesse théorique est telle que c'est à peine si l'on peut dire de Zouch qu'il use de la méthode positive. Que sert, en effet, d'énumérer des faits et des exemples s'ils ne viennent étayer les principes et qu'on ne cherche pas à dégager les conclusions. N'étaient la première partie du *Jus feciale* et les attaches scientifiques que nous connaissons à notre auteur, il serait délicat de le faire rentrer dans une école déterminée, et impossible de lui assigner une méthode.

(2) Selden (1584-1654). Selden, à qui sa polémique avec Grotius a valu une grande notoriété, n'est cependant qu'un internationaliste d'occasion. Avant tout, ce fut un homme politique, et c'est pourquoi peut-être son œuvre internationale est de polémique. Né à Salvington (Sussex) on le retrouve à 16 ans au Hart Hall à Oxford,

une œuvre plus générale, le *De Jure naturale*. Il était bien dans la nature du génie des Anglais de s'assimiler, dès l'abord, les doctrines positives ; leur développement politique les

d'où il sort avocat consultant. Il ne pratiqua guère. Son génie le portait surtout vers l'archéologie et les antiquités juridiques ; son premier patron, Sir Robert Cotton, l'y poussa toujours. A vingt-deux ans, il écrivait sur l'administration civile de l'Angleterre avant la conquête Anglaise. De 1614 à 1618, il fit paraître plusieurs travaux sur les institutions anciennes des orientaux, et en 1618 son *History of Tithes* qui fut censurée et que le Conseil privé l'obligea à rétracter. En 1621, il débute dans la vie publique et se fait l'instigateur de la « protestation » que fit pour ses droits et privilèges la Chambre des Communes, le 18 décembre. Cela lui valut d'être enfermé une première fois à la Tour. En 1623, il retourne à la Chambre des Communes, prend part, en 1626, à l'impeachement du duc de Buckingam et en 1627 est choisi par le premier des Hampden pour être son conseil dans son procès fameux. En 1628, il prit une large part à la rédaction de la *Pétition of Rights*, fit passer la motion contre le tonnage et poundage, et, en compagnie d'Elliot, Holles, Valentine, etc... est à nouveau emprisonné. Puis il retourne à des travaux d'archéologie juridique avec Sir Robert Cotton et, en 1631, paraît le *De successionibus in Bona Defuncti secundum leges Ebræorum*, puis le *De successione in Pontificatum Ebræorum*. Il semble, à cette époque de sa vie, avoir incliné plutôt vers le parti de la Cour que vers le parti populaire, car en 1635, le *Mare Clausum* parut sous le patronage royal. Les théories orgueilleuses et exclusives qu'il y développa sont assez connues pour qu'il soit inutile d'insister. Si nous pensons pouvoir représenter l'œuvre de Zouch comme une floraison luxuriante et régulière de la doctrine anglaise, celle de Selden nous apparaîtra comme une poussée de sève extraordinaire et excessive du même arbre. C'est un aboutissement brutal de la doctrine positive. Il fait du droit positif un droit dérivé : *Jus gentium interveniens ou secundarium*, dit-il, opposé au *Jus gentium primarium quod pro jure naturali sumitur*. Il considère comme en faisant partie : *clarigatio*, *legationes*, *captivi*, *obsides*, *postliminium*, *fœdera*, *commercia*, etc... c'est le droit des gens, au sens étroit et exact. Le *Mare clausum* était écrit, paraît-il, depuis dix-sept ans quand il parut, puisqu'il était destiné à servir de réponse au *Mare liberum*, mais, Jacques Ier en avait prohibé la publication par des raisons de convenance politique. La réplique aux propositions de Grotius se fit donc attendre vingt-cinq ans.

Lors du procès de John Hampden, nous ne retrouvons pas près de

avait habitués de bonne heure à se préoccuper des problèmes de droit public, mais leur indépendance naturelle les gardait de reproduire servilement les idées du continent.

On sent un même courant se manifester à travers les œuvres de Bacon, de Locke, de Hobbes, bien que ces œuvres subissent des inspirations parfois bien divergentes.

En particulier, chez Hobbes, on voit reparaître l'élément théoricien et le droit naturel. Chez Gentilis et chez Selden, chez Zouch surtout, c'est, au contraire, l'élément praticien qu'on va voir prédominer. L'école internationale anglaise

lui le conseil qui avait assisté son cousin ; ce qui nous confirme dans l'idée que Selden avait modifié ses opinions politiques. Il ne prit donc pas part à la querelle du Ship money (1637). C'est en 1640 que parut le *De jure naturali et Gentium circa Disciplinam Ebræorum*, dont nous avons fait mention ci-dessus. Elu au Long Parlement, par l'Université d'Oxford, nommé membre du comité des vingt-quatre, Selden prit part à l'impeachement de Stafford, mais vota contre le bill d'attainder. En 1643, nous le retrouvons dans la discussion des « divines » à Westminster, puis il est nommé gardien des « Rolls et Records » à la Tour, et Master du Trinity Hall à Cambridge, fonction qu'il refusa. En 1646, il vote la Ligue solennelle et le Covenant, et paraît bien revenir au parti politique qu'il avait soutenu d'abord, car en 1647, le Parlement lui vota une pension pour le récompenser de ce qu'il avait souffert sous la monarchie. La même année il publia la première édition du vieux livre curieux du droit anglais : *La Fleta*. On ignore quelle part il prit au procès du Roi.

Nombreux sont ses autres ouvrages de droit et d'archéologie ; notons seulement le « Discourse concerning the Rights and Privileges of the Subject », sa dernière œuvre fut écrite pour réfuter les accusations portées contre lui personnellement et contre son *Mare clausum* par un certain Théodore Grasswinckel, juriste hollandais (1653). Il mourut en 1654 et fut enterré dans l'église du Temple à Londres. Comme pour Zouch, rien n'explique mieux son rôle d'internationaliste que sa vie et ses préoccupations scientifiques.

Bibl. Woods, *Athenæ* ; Aikin, *Lives of John Selden and Archbishop Usher*, Lond. 1812. Johnson, *Mémoires of John Selden*. Lond. 1835. Wilkins, *Johannis Seldeni Opera omnia*, Lond. 1725.

fut en effet éminemment pratique (1). L'éclosion d'activité économique qui se manifeste chez les Anglais au XVIIe siècle, les débuts heureux et rapides de leur expansion coloniale, devaient hâter leur désir de fonder sur une base juridique les prétentions qu'ils avaient de jouer un rôle important, voire prédominant, sur la scène du monde. Il y avait à Oxford, depuis quelque temps déjà, un véritable centre de culture du droit des gens. Albéric Gentilis lui prêtait l'éclat de son nom, on peut citer aussi ceux de Valentin Dale, de Sir Julius Cæsar, de William Welwood, de W. Fulbecke. En 1587 avait été édité un opuscule intitulé : *De legato et absoluto principe perduellionis reo.* Les cas de Mendoza et celui de Marie Stuart y faisaient l'objet de toutes les dissertations. Jean Hotman avait été incorporé à la vieille Université. L'œuvre de Zouch apparaît comme le couronnement, l'aboutissement d'un large fleuve d'idées et de doctrines qu'il canalise, qu'il endigue, et qui, grâce à lui, va couler plus régulier et plus majestueux. Il atténue d'ailleurs le mouvement d'opposition aux idées de Grotius, il fait œuvre d'éclectisme, et sa grande bonne foi cherche l'impartialité.

Son influence fut grande. M. Rivier explique très bien comment ce fut par lui qu'on apprit à connaître Grotius en Angleterre et en Ecosse. Sans doute il n'y était point inconnu, mais cette école de penseurs originaux, de publi-

(1) V. Nys, *Notes pour servir à l'histoire littéraire et dogmatique du droit international en Angleterre.* Bruxelles, 1888.

Il cite comme s'étant occupés plus particulièrement du droit de la guerre Gentilis, Matthew Sutcliffe, Walter Raleigh, William, Fulbecke et Richard Bernard ; plus particulièrement du droit d'ambassade : Gentil, Robert Cotton, Sir Julius Cæsar, William Welwood, Thomas Roger ; plus particulièrement du droit maritime, Gentil et Welwood ; plus particulièrement enfin de la propriété des mers : Welwood, Borough, Selden.

Il est à remarquer que Zouch n'occupe aucune place dans cet ouvrage, ce qui ne laisse pas de surprendre un peu ; il en méritait au moins une parmi les auteurs qui ont traité des ambassadeurs.

cistes pour ainsi dire nationaux, l'avait empêché d'y obtenir cette influence prédominante qu'il avait sur le continent.

C'est par le *Jus inter gentes* que Grotius conquit les Anglais d'une façon indirecte et comme sous un jour particulier, mais d'autant plus aisément que le livre de Zouch était d'une vulgarisation plus facile. En retour, Zouch reçut un gros bénéfice de l'association, car la propagation des théories de Grotius fut pour beaucoup dans sa célébrité. Depuis le XVIIe siècle il n'est pas un internationaliste anglais qui ne s'inspire de lui, certains même, comme Phillimore, le citent incessamment. Sa renommée d'ailleurs passa le détroit, plusieurs de ses ouvrages ont été réimprimés sur le continent et quelques traductions en ont été faites, d'ailleurs insuffisantes (1). Ce ne fut pourtant point, il faut y insister, son heureuse définition du *Jus inter gentes* qui lui valut d'abord l'estime de ses contemporains, mais son érudition et sa clarté. Il n'y a pas très longtemps qu'on lui a reconnu le mérite d'avoir parlé le premier du droit international au sens moderne du mot. Ce n'est pas lui d'ailleurs qui le fit passer dans la pratique. Avant Bentham on ne parle point d'international law, ni de droit international, ni de Volkerrecht. Grotius avait déjà dit cependant *Jus inter civitates*, et le chancelier d'Aguesseau avait vanté l'initiative prise par notre auteur (2) ; mais personne encore, même pas lui, croyons-nous, n'avait attaché à cette terminologie l'importance que nous lui accordons aujourd'hui. Les novateurs n'ont que rarement la conscience exacte des progrès dont ils sont l'instrument.

(1) Francfort, 1666, *Traduction Allemande*, par Gottfried Vogel, ou plutôt *Adaption Allemande*, car l'œuvre en est donnée sous le nom du traducteur et complètement défigurée.

Une édition latine et anglaise du *Jus inter gentes* a été faite en 1717. Il a paru également, en 1717, à Londres, « A dissertation concerning the punishment of ambassadors », traduction du *De Legati*.

(2) D'Aguesseau, *Œuvres*, t. IV, p. 267.

Quoiqu'il en puisse être sur ce point, l'ensemble de l'œuvre internationale de Richard Zouch nous apparaît aujourd'hui comme un des monuments importants de notre science. Elle a ses faiblesses parce que l'auteur ne s'est point dégagé des temps ni des lieux où il écrivait; mais malgré son manque d'originalité et quelques puérilités, elle reste imposante par son érudition, sa valeur historique, son honnêteté littéraire et surtout parce qu'elle fixe avec certitude le point où avait aboutit en 1650, l'évolution doctrinale du droit international public.

GEORGES SCELLE.

Pufendorf.

Pufendorf est le chef de cette école de jurisconsultes qui se voua à l'étude du Droit naturel, à la fin du XVIIe siècle et dans la première moitié du siècle suivant. Il lui appartient d'avoir le premier coordonné les résultats acquis, rassemblé en un corps de doctrines d'une majestueuse ordonnance les notions éparses que d'autres juristes avaient sinon découvertes, comme on l'a cru trop longtemps, du moins recueillies et vulgarisées. Pufendorf ne fut peut-être pas un génie créateur, l'inventeur des idées qu'il a méthodiquement classées et déduites comme une suite logique d'axiomes mathématiques. Au demeurant, ce n'est pas là seulement un mérite peu commun : il arrive souvent qu'on tienne sans discernement pour initiateurs de simples compilateurs, heureux ou habiles, et qu'on oublie les véritables précurseurs. L'inventaire des emprunts que Grotius a faits aux théologiens aiderait peut-être à réformer les jugements convenus de la critique.

Si Pufendorf n'a pas renouvelé par quelque vue extraordinaire la science à laquelle il s'est appliqué, on peut dire qu'il a conçu un plan systématique, imposant par ses proportions et la régularité de ses lignes.

La méprisante opinion que Leibnitz eut la faiblesse d'affecter à l'égard du philosophe et du jurisconsulte a induit en erreur beaucoup d'historiens de la philosophie et même du Droit des gens. On a trop souvent reproduit dans les manuels et dans les biographies de seconde main, à

l'usage des dictionnaires généraux, l'impertinente appréciation de l'auteur du *Codex Diplomaticus*.

Vir parum jurisconsultus et minime philosophus. Cela dispensait de lire Pufendorf et d'exposer sa doctrine, à la vérité peu accessible aux philosophes qui ne sont pas un peu juristes, non plus qu'aux jurisconsultes qui ne sont pas enclins par disposition naturelle à goûter la philosophie (1).

Ce n'est pas à dire qu'il y ait rien à reprendre dans l'œuvre du maître, et qu'il mérite au premier rang des philosophes la place qui lui appartient au premier rang des jurisconsultes de son temps.

Malgré l'apparence, Pufendorf a été plutôt un jurisconsulte d'esprit philosophique qu'un philosophe inclinant à la jurisprudence. Cela expliquerait partiellement la boutade de Leibnitz. Pufendorf s'est mis dans le cas des gens qui exercent simultanément plusieurs métiers, et deux au moins, entre autres, avec un succès constant. Les amis malveillants ou les ennemis déclarés raillent ces talents multiples et font remarquer volontiers qu'ils sont assez restreints pour ne pas s'exclure.

La carrière de Pufendorf offre ce trait caractéristique qu'elle fut uniquement celle d'un professeur, de l'un des plus grands qui aient paru dans les Universités du XVIIe siècle.

Professeur, Pufendorf l'a été d'abord, à la manière des pauvres, c'est-à-dire auprès des enfants du ministre de

(1) « Travailleur consciencieux, mais intelligence épaisse, Pufendorf, que le temps avait placé entre Grotius et Leibnitz, ne dut qu'à sa position de professeur de Droit naturel et des gens un renom passager. » Note de M. Pradier Fodéré, *Nouveau Droit international public suivant les besoins de la civilisation moderne*, par Pasquale Fiore, (traduction française, Paris, 1868, 2 vol. in-8, t. I, p. 43.

Cf. Paul Janet, *Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale*, 1887, t. II, p. 235. « Pufendorf est un esprit d'une valeur moyenne, sans aucune originalité et qui tombe dans le faux quand il essaye d'inventer. »

Suède à Copenhague, qui se l'était attaché. Il avait étudié d'abord à l'école de Grimma, puis aux Universités de Leipzig et de Iéna où il avait connu le mathématicien Weigel et été initié par ce maître à la philosophie de Descartes.

Rien ne donne à croire que la condition de Pufendorf, instituteur, ait été dure. Le seul inconvénient, du reste assez grave, qui résulta pour lui de l'exercice de cette profession fut d'être contraint à partager la captivité de ses maîtres tombés dans les mains des ennemis de leur souverain. Le roi de Suède Charles-Gustave ayant recommencé la guerre, à l'improviste, en violation de la paix de Roeskilde, les Danois jetèrent en prison tous les domestiques du ministre suédois, y compris l'instituteur de ses fils. Cet internement fut pour Pufendorf l'équivalent de la retraite de Descartes dans son poêle.

Les *Elementorum jurisprudentiæ universalis libri duo* sont le fruit de ses réflexions de prisonnier de guerre. Hormis cet accident, la carrière de Pufendorf n'a été marquée que par des succès d'auteur et des faveurs de cour. Les années de sa vie se sont succédées dans la gloire de l'enseignement et la prospérité du savant. agréable à ses princes et comblé de pensions et de grâces. C'était, toutefois, à ce qu'il paraît, un homme austère et fort laborieux, ainsi qu'en témoignent le grand nombre de ses écrits, d'histoire, de philosophie, de théologie et de jurisprudence. Le baron Pufendorf (1) mourut le 26 octobre 1694, à l'âge de soixante-deux ans. Il était né en 1632, la même année que Locke, Cumberland et Spinoza.

(1) Pufendorf était fils d'un ministre de l'Eglise réformée. Son frère aîné, Isaïe, fut ambassadeur de Suède à Paris. On voit par l'acte d'inhumation d'un frère cadet d'Isaïe et de Samuel que « la particule de n'est point accolée au nom des Pufendorf, qui, fils d'unpasteur de village, n'étaient point nobles. Quand Samuel fut anobli, il devint baron Pufendorf, mais non de Pufendorf ». Jal, *Dict. critique de biographie et d'histoire*, 1872, 2e édit., vo Pufendorf (Jean).

Pufendorf avait dédié les *Elementorum jurisprudentiæ universalis libri* II, au sérénissime prince et seigneur, Charles-Louis, comte palatin du Rhin, archi-trésorier du Saint-Empire romain, prince électeur, duc de Bavière, etc. La dédicace fut payée par l'attribution de la chaire du Droit de la nature et des gens, dans l'Université d'Heidelberg (1661).

En possession d'un titre magistral créé spécialement pour lui, le jeune professeur se piqua de zèle, au dire de ses panégyristes, et commença à étudier la science qu'il enseignait. Il devint, en même temps, le précepteur du prince héritier.

Appelé en 1670, par le roi de Suède, dans l'Université de Lund, récemment fondée, Pufendorf écrivit son grand traité *Juris naturæ et gentium, libri* VIII publié, en 1672 (1). L'année suivante, paraissait l'abrégé intitulé : *De officiis hominis et civis, prout ipsi præscribuntur lege naturali.*

Le traité *De jure naturæ et gentium* fut violemment attaqué par le professeur Beckmann et le pasteur Schwarz qui dénoncèrent comme pernicieuses les opinions de l'auteur. Les détracteurs de Pufendorf avaient quelque crédit auprès du vieil évêque luthérien, presque retourné, dit-on, à l'enfance. Le livre fut condamné, mais Pufendorf se vengea cruellement de ses adversaires. Il les couvrit d'invectives dans une brochure répondant d'ailleurs à d'injurieux libelles. Et cette petite guerre entre érudits finit assez mal pour ceux qui étaient le moins protégés. Le roi de Suède imposa silence aux critiques, et ceux-ci n'ayant pas eu la prudence de se taire tout de suite, furent bannis du royaume.

En 1677, Pufendorf quitta Lund pour résider à Stoc-

(1) On attribue à Jean Chrétien de Boyneburg, (1622-1672) la première idée d'une sorte de *Corpus juris naturalis.* A défaut d'autres jurisconsultes, Pufendorf se chargea d'accomplir le dessein que Boyneburg aurait conçu, Cf. Holtzendorff et Rivier, *op. loc. cit.*, p. 383, note 3.

kholm. Le roi l'avait pourvu des fonctions d'historiographe. Il n'y a plus désormais que des promotions, des pensions, des titres, à relever dans les dernières années de la vie du jurisconsulte, absorbé par des travaux d'histoire et des polémiques religieuses et politiques. Dans l'ensemble, toute cette littérature professionnelle, quel qu'ait été son retentissement, sur le moment, paraît avoir fort peu ajouté à la gloire de l'auteur.

On ne considérera dans cette notice que le jurisconsulte philosophe, le chef de l'école du Droit naturel.

C'est une opinion communément admise que Pufendorf domine les esprits jusqu'à Wolff, peut-être encore jusqu'à Kant. Quelle qu'ait été sa durée, la maîtrise de Pufendorf, dans la science du Droit naturel, a été complète, incontestable et cela importe beaucoup plus, au point de vue de cette étude, qu'une exacte supputation des années de ce règne intellectuel. A certains égards, ce professeur affectionné des princes n'a pas laissé d'être un vigoureux adversaire des doctrines officielles et, par là, il a mérité que son œuvre lui survécût quelque temps. On l'a souvent loué d'avoir rompu les attaches liant à la théologie la science du Droit public, et en quelque sorte laïcisé le Droit naturel. Ce n'est pas là une opinion entièrement fausse mais la formule qu'on a l'habitude de copier est inacceptable. Je ferai voir que Pufendorf est bien l'ancêtre des philosophes français du XVIIIe siècle et particulièrement des Encyclopédistes, mais que sa postérité intellectuelle ne lui a pas su gré de tout ce qu'il avait fait, qu'elle l'a jugé sur certains points insuffisant et même ridicule, tout en vivant inconsciemment sur une partie de l'héritage qu'il avait laissé.

Pour se rendre compte exactement de l'influence singulière que l'œuvre capitale de Pufendorf devait exercer si longtemps sur le développement de la science du Droit des gens, et comprendre en même temps que la doctrine de ce jurisconsulte soit tombée plus tard dans un discrédit encore

plus complet que celle de Grotius, il importe de connaître non seulement les idées elles-mêmes et leur enchaînement logique mais la méthode d'exposition, particulière au maître de la science du Droit naturel et le style dont il s'était accoutumé.

Les idées se trouvent rassemblées, pour la plus grande commodité de la critique, dans le traité *De jure naturæ et gentium*. Les *Elementorum jurisprudentiæ libri duo* sont un premier essai, comme une ébauche trop peu poussée. Quant au : *De officiis hominis et civis*, ce n'est qu'un abrégé du traité *De jure naturæ et gentium*.

L'essence de la doctrine philosophique et juridique de Pufendorf est renfermée dans le traité *De jure naturæ et gentium*. C'est dans ces huit livres qu'il faut étudier le système complet, saisir par une vue d'ensemble ses traits caractéristiques, relever parmi les opinions particulières celles qui se recommandent par une véritable originalité, ou seulement par une exacte conformité avec la doctrine générale de l'auteur.

Dans ces huit livres, dont on peut dire qu'ils constituent non seulement le *Corpus juris naturalis*, mais le recueil de tout le Droit public et privé, regardé d'un certain point de vue, qui est celui du moraliste et du juriste-philosophe, la part qui est vraiment de Droit international et qui, à ce titre, sollicite davantage l'attention, se restreint à peu près au contenu des deux premiers livres et de quelques chapitres à la fin du dernier.

Après avoir exposé les notions préliminaires de la science, considéré l'état de nature et les fondements généraux du Droit naturel, fondé en un mot son système, Pufendorf étudie diverses matières de Droit privé, puis disserte sur le droit politique en général pour revenir, en terminant son ouvrage, à l'examen de sujets qui relèvent du Droit des gens, notamment : la guerre et les traités.

Je ne veux analyser que les idées se rapportant à l'étude du Droit international. Ce sont précisément les plus origi-

nales, et les plus réfléchies de l'auteur : celles aussi dont il assure le mieux l'enchaînement logique, au moins dans son propre système.

Je montrerai d'abord comment Pufendorf a conçu l'ensemble de sa doctrine et sur quelles bases il l'a édifiée.

Cet examen des principes comprend la célèbre distinction des êtres physiques et des êtres moraux, les définitions de quelques termes juridiques et la construction philosophique relative à l'état de nature et aux fondements de la loi naturelle.

Après avoir exposé les principes, j'ai le dessein d'insister sur les applications faites par l'auteur lui-même aux matières du Droit des gens, notamment à celles de la guerre et des traités.

PREMIÈRE PARTIE

LES IDÉES DE PUFENDORF SUR LE DROIT DE LA NATURE ET LE DROIT DES GENS

I. — *Les préliminaires de la science.*

1. Distinction des êtres physiques et des êtres moraux. — Les personnes morales. — Division des personnes morales. — Destruction des êtres moraux. — 2. Quelques définitions juridiques. — La loi divine et la loi humaine. — La loi naturelle et la loi positive. — L'obligation. — 3. L'état de nature. — 4. La loi naturelle.

L'ouvrage comporte une longue introduction métaphysique (1). L'auteur la tenait sans doute pour l'une des parties essentielles de son livre. Ce n'était en réalité que la plus contestable, celle qui devait paraître de bonne heure surannée. Pufendorf étant un esprit systématique, il y a lieu toutefois d'indiquer au moins sommairement, les notions préliminaires qu'il lui a plu d'exposer avec une abondance excessive de déductions subtiles trop souvent sans intérêt et parfois saugrenues.

1. — *Distinction des êtres physiques et des êtres moraux. — Les personnes morales. — Division des personnes morales. — Destruction des êtres moraux.*

Pufendorf commence par rappeler une distinction à laquelle il paraît tenir beaucoup, mais qu'il n'a guère con-

(1) *Le Droit de la nature et des gens*, liv. I, « qui contient les préliminaires de cette science ».

tribué à fixer d'une manière nette, celle des Êtres physiques et des Etres moraux. La traduction de Barbeyrac apprend aux lecteurs français que les Etres physiques, ce sont les créatures de Dieu, telles qu'elles se comportent dans l'Univers (1). Quant aux Etres moraux, « ce sont certains modes que les Etres intelligents attachent aux choses naturelles ou aux mouvements physiques, en vue de diriger et de restreindre la liberté des actions volontaires de l'homme et pour mettre quelque ordre, quelque convenance et quelque bonté dans la vie humaine (2) ».

Les Êtres moraux considérés comme des substances s'appellent des « Personnes morales » (3) ; on entend par là « les hommes même considérés par rapport à leur état moral, ou à l'emploi qu'ils ont dans la Société ; soit que l'on envisage chaque homme en particulier, soit que plusieurs, réunis par quelque liaison morale, ne composent ensemble qu'une seule et même idée (4) ». Ainsi, il existe deux sortes de personnes : les personnes simples et les personnes composées.

Les personnes *simples*, sont publiques ou privées, selon que leurs emplois se rapportent immédiatement ou à l'avantage commun de la Société civile ou au bien particulier de chacun des membres dont elle est formée (5).

Les personnes publiques, selon l'usage des peuples chrétiens, se divisent en personnes politiques et personnes ecclésiastiques. Une catégorie particulière de personnes publiques est celle des personnes dites « représentatives », telles que les ambassadeurs, les vicaires, les syndics, etc. (6).

Quant aux personnes privées, ce sont les simples citoyens.

(1) *Le Droit de la nature et des gens*, liv. I, ch. I, § 2.
(2) Liv. I, ch. I, § 3.
(3) Liv. I, ch. I, § 12.
(4) *Ibid.*
(5) *Ibid.*
(6) *Ibid.*

Les personnes morales *composées* se forment « lorsque plusieurs individus humains s'unissent ensemble de telle manière que ce qu'ils veulent ou ce qu'ils font, en vertu de cette union, n'est censé qu'une seule volonté et qu'une seule action ». Ce sont les Sociétés, lesquelles, comme les personnes *simples*, se divisent en publiques et privées (1).

Pufendorf ne manque pas d'indiquer comment sont détruits les Etres moraux qu'il s'est efforcé de définir dans le cours de l'introduction. Il explique que les Etres moraux produits par l'institution divine, ne peuvent être anéantis que par la volonté de Dieu. Quant à ceux qui proviennent de la volonté humaine, ils s'abolissent par un effet de cette même volonté, sans que la substance physique des personnes ou des choses subisse le moindre changement. Ainsi, lorsqu'un gentilhomme est dégradé, il ne perd que les droits de la noblesse ; tout ce qu'il tenait de la nature lui demeure intégralement (2).

Après avoir étudié la distinction des êtres physiques et des êtres moraux, Pufendorf s'attache à fixer le sens de termes juridiques tels que loi, obligation, droit. Il indique ensuite une division des lois.

2. — *Quelques définitions juridiques. La loi divine et la loi humaine. — La loi naturelle et la loi positive. — L'obligation.*

La loi n'est autre chose « qu'une volonté d'un supérieur, par laquelle il impose à ceux qui dépendent de lui l'obligation d'agir d'une certaine manière qu'il leur prescrit » (3).

Une simple résolution formée dans l'esprit du législateur ne constitue pas la loi. La volonté législative doit être notifiée d'une manière convenable à ceux qui en sont les

(1) Liv. I, ch. I, § 13.
(2) Liv. I, ch. I, § 23.
(3) Liv. I, ch. VI, § 4.

sujets, en sorte qu'ils connaissent la nécessité où ils sont de lui obéir (1).

Il suffit d'ailleurs que l'on soit instruit de la volonté du législateur, de quelque manière que ce soit, même par les seules lumières naturelles. Pufendorf taxe de vaine subtilité cette maxime de Hobbes que « les lois naturelles acquièrent force de loi uniquement à cause qu'elles ont été publiées par la bouche de Dieu dans l'Ecriture sainte et non pas parce qu'elles sont des conséquences tirées des principes mêmes de la Raison touchant ce qu'il faut faire ou ne pas faire » (2).

Rien n'est plus conforme au bon sens que de juger non seulement que l'observation des lois naturelles est avantageuse au genre humain, mais encore que Dieu veut et ordonne que les hommes prennent ces lois pour règle de leurs actions.

Les lois ont par elles-mêmes la force d'obliger (3). Qu'est-ce donc que l'obligation ? Pufendorf répète la définition transcrite dans les Institutes de Justinien. L'obligation est une qualité morale, en vertu de laquelle on est astreint par une nécessité morale, à faire, recevoir ou souffrir quelque chose (4).

La force ne suffit pas pour donner le droit de proposer quelque obligation à autrui ; mais il faut, de plus, ou que celui qui veut assujettir l'autre à suivre sa volonté lui ait fait quelque bien considérable, ou que le dernier se soit lui-même volontairement soumis à la direction du premier, « C'est ainsi, traduit Barbeyrac, qu'il faut rectifier ce que quelques personnes ont avancé un peu trop crûment, que le droit est la volonté du plus fort » (5).

(1) Liv. I, ch. VI, § 4.
(2) Liv. I, ch. VI, § 4.
(3) Liv. I, ch. VI, § 5.
(4) *Ibid.*
(5) Liv. I, ch. VI, § 12

Tels sont les fondements du Droit et du pouvoir de prescrire efficacement des lois à autrui. Mais encore faut-il connaître le législateur et la loi.

Quant au législateur, il est difficile de l'ignorer. Pour peu qu'on fasse usage de sa raison, l'on découvre bientôt l'auteur des lois naturelles, qui est le même que l'auteur de l'Univers. Un citoyen peut encore moins ignorer l'auteur des lois (1) civiles établies par le consentement exprès ou tacite du peuple.

La loi naturelle se découvre par les réflexions qu'on fait sur la constitution de la nature humaine. Des lois civiles, les sujets sont instruits par la publication solennelle qui en est faite (2).

Les hommes étant plus sensibles au mal qu'au bien, c'est avec beaucoup de raison que les législateurs proposent des peines plutôt que des récompenses aux observateurs de leurs lois. Il n'y a point de loi qui ne renferme, à la fois, la détermination de ce qu'il faut faire ou ne pas faire, et la sanction pénale, en cas de contravention, et ce sont là deux parties d'une même loi (3).

Quand on dit que le législateur contraint d'obéir, on ne vise point une violence physique, qui mette hors d'état d'agir autrement, mais une violence morale suffisante pour réduire les sujets à la soumission envers la loi. On estime plus avantageux de céder à l'autorité de la prescription légale, que d'encourir la sanction prononcée contre les rebelles.

La loi, selon son origine, est divine ou humaine (4).

Par rapport à sa matière, suivant qu'elle a ou qu'elle n'a pas une convenance nécessaire avec l'état et les intérêts

(1) Liv. I, ch. VI, § 13.
(2) *Ibid.*
(3) Liv. I, ch. VI, § 14.
(4) Liv. I, ch. VI, § 18.

de ceux auxquels la loi est imposée, la loi est naturelle ou positive (1).

La loi naturelle c'est celle qui convient nécessairement à la nature raisonnable et sociable de l'homme. Sans l'observation de cette loi, il ne pourrait y avoir de société humaine, honnête et paisible. Cette loi a en quelque sorte une bonté naturelle, la vertu propre de procurer l'avantage du genre humain ; on l'appelle encore naturelle, parce qu'elle peut être connue par les lumières naturelles de la raison, et par la contemplation de la nature humaine en général (2).

Quant à la loi positive, elle n'est point fondée sur la constitution générale de la nature humaine, mais purement et simplement sur la volonté du législateur. Les lois positives correspondent à l'avantage particulier de chaque Société et sont, par suite, variables selon les lieux et selon les temps (3).

Il faut remarquer que la division des lois en naturelles et positives n'a lieu que par rapport aux lois divines, car, à parler exactement, toute loi humaine considérée comme telle est une loi positive.

3. — *L'État de nature.*

Qu'est-ce que l'état de nature ?

C'est la condition dans laquelle l'homme se trouve, par la naissance, abstraction faite de toutes les inventions, de tous les établissements soit purement humains, soit inspirés par la Divinité. Alors n'existe aucun art, aucune commodité dans la vie, aucun ordre dans les relations des individus. Il n'y a pas encore de Sociétés civiles.

(1) Liv. I, ch. VI, § 18.
(2) *Ibid.*
(3) *Ibid.*

Voilà l'état de nature, qu'il faut, selon Pufendorf, considérer successivement en lui-même et par rapport à autrui.

Pour avoir une exacte notion de l'état de nature, considéré en lui-même, il faut imaginer qu'un homme est tombé des nues pour ainsi dire, qu'il ne peut compter que sur ses seules forces et n'est favorisé d'aucun soin extraordinaire de la Divinité. Rien n'est plus misérable que la vie des premiers hommes, et l'on ne doit pas s'étonner que les auteurs païens, n'étant pas instruits de la véritable origine de l'espèce, par les saintes Ecritures, aient usé des plus sombres couleurs pour représenter le premier âge de l'humanité.

Le premier établissement des Sociétés civiles marqua la fin de cette ère malheureuse. Désormais, à la place de la liberté naturelle, si difficile à garder par l'individu isolé parmi tant d'ennemis, s'introduisit l'ordre social qui garantit la sûreté, la jouissance paisible des avantages que procurent les progrès des mœurs et des arts. Au règne des passions succède celui de la raison.

Quant aux droits de l'homme dans l'état de nature, ils se rattachent à l'instinct de conservation et à l'indépendance. Vivre dans l'état de nature, c'est pouvoir se servir de toutes choses, en vue de conserver la vie, et n'être tenu envers les autres qu'à raison de cette liaison simple et universelle qui résulte d'une ressemblance de nature.

Hobbes, enseigne que, dans l'état de nature, chaque homme a la faculté de s'approprier ce qui lui plaît et ce qu'il peut prendre. Pufendorf interprète cette proposition. restrictivement. Le philosophe anglais n'a pas entendu admettre une licence sans bornes. Il réserve seulement, à chacun, la liberté de pourvoir à la conservation de sa vie en se servant des choses communes. Il reconnaît à chacun le droit d'agir à son gré, mais suivant les lumières de la raison. Voilà l'explication favorable que Pufendorf préfère donner sur la doctrine de Hobbes.

Mais il avoue qu'on ne peut l'étendre à la théorie soute-

nue par Spinoza, dans son *Traité théologique et politique*. Pufendorf nie que l'homme agissant suivant les lois de la nature s'attribue un droit à toute chose ou qu'il soit déterminé par la nature à faire usage d'un tel droit.

Il ne faut pas croire que le genre humain tout entier se soit jamais trouvé dans l'état de nature pur et simple. L'Ecriture Sainte rend témoignage que tous les hommes descendent de deux personnes unies par le lien conjugal. Or, la femme était soumise à l'homme en vertu de la loi du mariage et les enfants subordonnés au même chef investi de la puissance paternelle. Pour concevoir que le genre humain tout entier se trouvât dans l'état de nature, il faudrait accepter la fable suivant laquelle les hommes seraient nés du limon ou de quelque semence jetée en terre.

L'état de nature n'a donc jamais existé qu'en partie et avec quelque tempérament, lorsque chacun s'étant joint avec d'autres pour former une Société civile ou quelque chose d'équivalent, a conservé la liberté naturelle par rapport à tout le reste des hommes.

A l' « état de nature » Pufendorf oppose un « état accessoire » et cet état est « celui où l'on est mis en conséquence de quelque acte humain, en naissant, ou après être né. Les quatre principaux états accessoires auxquels on peut réduire tous les autres, sont le mariage, la relation de père et de fils, celle de maître et de serviteur, celle de citoyen ou de membre d'une Société civile.

Quoique amateur d'abstractions symétriques et fort enclin à réduire en corollaires dépendant d'un même théorème les idées les plus diverses, Pufendorf ne laisse pas de reconnaître qu' « on peut aussi déduire séparément de plusieurs principes distincts les obligations attachées à un certain état ». Il raisonne assez pertinemment à cet égard, et se donne aussi en exemple : « Nous qui, dans cet ouvrage, nous bornons à enseigner les devoirs de l'homme dont on peut connaître la nécessité par les seules lumières de la raison, nous ne prétendons en aucune manière qu'il y ait

jamais eu, ni qu'il puisse ou qu'il doive y avoir d'état où ces devoirs seuls renferment toutes les obligations des hommes (1). »

Cette réflexion conduit le philosophe à la critique de cet état de nature idyllique auquel ont voulu croire certains.

«... Je ne sais s'il est vraisemblable que le genre humain, quand même il n'aurait point péché, se fût tenu éternellement renfermé, dans l'enceinte d'un seul verger, sans se nourrir que de fruits qui naissent d'eux-mêmes, et sans travailler à rendre la vie plus agréable par son industrie et par l'invention de divers arts. Les hommes se multipliant tous les jours de plus en plus, il fallait, ce semble, qu'il se formât enfin parmi eux des sociétés particulières, qui eussent quelques rapports avec les états civils d'aujourd'hui ; et je ne vois pas quels obstacles ces établissements auraient pu apporter à la sainteté des mœurs. On ne saurait concevoir de telles sociétés sans quelque loi positive (2).

Considéré par rapport à autrui, l'état de nature est-il une sorte de guerre de chacun contre tous, ainsi que le prétend Hobbes, ou bien un état pacifique ? La question n'a pas seulement un intérêt théorique. Pufendorf observe qu'elle est le fondement de presque toutes les mesures prises par les souverains à l'égard des Etats voisins, et il prend résolument parti contre la thèse d'une hostilité naturelle entre les hommes. Même dans l'état de nature, l'être humain est guidé par la raison. La raison a une règle générale, sûre et fixe, savoir la nature des choses, qui découvre aisément et d'une manière évidante à tout esprit attentif les préceptes généraux de la vie humaine et les maximes fondamentales du Droit naturel.

Or, la raison ne suggère pas à l'homme de prendre son intérêt particulier pour règle unique de sa conduite. Elle le

(1) Liv. I, ch. I, § 11.
(2) Liv. I, ch. I, § 11.

détourne de la guerre en lui représentant la honte et les maux qui s'attachent à une entreprise injuste.

Ainsi l'état de nature, même par rapport à ceux qui vivent hors de toute société civile, ce n'est point la guerre mais la paix.

Cette paix universelle ne devant son origine à aucune convention, il est inutile de chercher à l'affermir par quelque traité ou quelque alliance, car on n'ajouterait rien à l'obligation de la loi naturelle. S'il arrive que la loi naturelle soit violée à l'égard de quelqu'un, celui-ci peut agir, qu'on ait traité ou non avec lui. Par suite, on ne fait point de convention, à l'ordinaire, sans stipuler quelque autre chose, indépendamment des devoirs prescrits déjà par la Nature. Il y aurait, si l'on agissait différemment, un manque de respect envers la Divinité, puisque la force de l'obligation serait réputée dépendre non de l'autorité du Souverain Législateur, mais uniquement de la propre volonté manifestée par les contractants.

Ainsi toute convention doit se rapporter à certaines prestations qui n'étaient pas exigibles en vertu du seul Droit naturel. De même qu'en entrant au service de quelqu'un on ne prend pas l'engagement formel de s'abstenir de la trahison et du vol, de même, par traité, on ne s'oblige pas expressément à respecter les devoirs prescrits par le Droit naturel.

De telles conventions ne sont nécessaires qu'après une longue persévérance dans les déprédations contraires au Droit de la Nature, et quand les peuples renonçant à continuer la guerre ne traitent pas sur quelques points particuliers, mais entendent seulement que sur cette paix générale, préexistante, et selon l'état de nature, soit rétablie entre eux.

Quant aux simples traités d'amitié, Pufendorf les compare à ces démonstrations de civilité et à ces caresses, dont usent, à leur première rencontre, les gens qui, sans s'être jamais connus auparavant, savent qu'ils ont des liens de

parenté, et désirent se témoigner une affection réciproque.

Pufendorf constate que la paix de l'état de nature est assez faible et mal assurée, à cause de la malice et de la cupidité des hommes ; passions si fortes que la doctrine de Jésus-Christ n'a pu encore détourner ses fidèles, de commettre les trahisons les plus insignes et d'entreprendre les guerres les plus injustes. Un homme prudent, sans cesser de regarder tous les hommes comme des amis, doit prendre garde qu'ils peuvent devenir ses ennemis et, par suite, entretenir la paix avec tous, comme si elle devait bientôt se changer en guerre.

Telle est la conclusion du chapitre consacré à la notion de l'état de nature. Elle est assez pessimiste, et semble marquer un retour inattendu à l'opinion de Hobbes. A quoi bon démentir avec tant d'assurance le philosophe anglais, opposer théorie à théorie, pour finir par des conseils de méfiance, et une sorte d'adhésion implicite à la croyance d'une hostilité naturelle entre les hommes. Il y a là une sorte de contradiction.

Pufendorf se rend compte que l'état de fait est distinct de l'état de Droit ; et que les passions l'emportent trop souvent sur la raison naturelle. L'expérience de la vie incline le jurisconsulte au désenchantement professionnel des moralistes et le logicien se relâche un peu de sa rigueur.

4. — *La loi naturelle.*

La règle la plus générale des actions humaines, celle que chacun doit suivre en qualité d'animal raisonnable, c'est proprement la loi naturelle, ou le Droit de Nature. Tout le genre humain lui doit obéissance et il n'y survient pas de changement dans le cours du temps, comme aux lois positives. La loi naturelle est la loi universelle et perpétuelle qui gouverne l'humanité.

Il n'y a pas de Droit commun aux hommes et aux bêtes. La définition des jurisconsultes romains, *jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit,* doit être rejetée, car un être dépourvu de raison ne peut être sujet de la loi. Les divers mouvements des bêtes auxquels il paraît beaucoup d'ordre et que Grotius attribue à quelque principe intelligent, extérieur à l'animal, sont loin de correspondre à l'ensemble des devoirs des hommes, et il n'y a qu'un artifice de moraliste dans la comparaison établie entre les hommes criminels et les bêtes vertueuses.

Ainsi Platon s'en est servi pour condamner le commerce infâme entre personnes du même sexe.

Il n'y a pas lieu de s'arrêter longtemps aux vaines preuves de l'existence d'un prétendu droit commun aux hommes et aux animaux. Les raisons tirées de l'Ecriture Sainte ne portent pas. — Quand la loi de Moïse en vue de la répression du crime de bestialité ordonnait qu'on fît mourir l'animal, ce n'était pas un complice qu'elle prétendait punir. Il n'y avait là qu'une mesure de précaution, et peut-être aussi le dessein de supprimer tout ce qui pouvait rappeler la mémoire ignominieuse du propriétaire supplicié.

Contrairement à Grotius, Pufendorf estime qu'il n'y a point d'acte humain obligatoire ou illicite par lui-même, avant que la loi se soit prononcée. C'est de la loi que dépend toute la moralité des actions accomplies par les hommes. Il n'y a pas lieu de supposer, comme Vasquez, que Dieu ait pu ordonner, pour son service, des blasphèmes au lieu de prières, ou tout autre acte déshonnête.

Il est absurde d'imaginer que Dieu puisse s'aviser de telles prescriptions, et en constatant l'ineptie de cette hypothèse, on ne dénie pas plus à Dieu sa toute-puissance qu'en affirmant qu'il ne saurait ni mentir, ni faire que ce qui est déjà arrivé ne le soit pas.

En posant pour principe fondamental du Droit naturel, l'honnêteté ou la turpitude nécessaires de certaines actions,

on s'enferme donc dans un cercle vicieux, comme il est arrivé à Grotius.

Barbeyrac a jugé convenable de prendre sur ce point la défense du jurisconsulte hollandais. « J'avoue, dit-il, que les idées de ce grand homme ne sont pas assez développées ni assez dégagées des préjugés vulgaires », mais il croit n'apercevoir qu'une dispute de mots entre les deux auteurs. Selon Grotius, « le Droit naturel consiste dans certains principes de la droite raison qui nous font connaître qu'une action est moralement honnête ou déshonnête, selon la convenance ou disconvenance nécessaire qu'elle a avec une nature raisonnable et sociable ». Ainsi le maître peut aisément sortir du cercle où l'on juge qu'il est retenu, car si on lui demande d'où vient cette honnêteté ou turpitude nécessaire des actions prescrites ou prohibées par le Droit naturel, il peut répondre que c'est de leur convenance ou disconvenance nécessaire avec une nature raisonnable ou sociable.

En tous cas, là où Grotius s'explique le plus clairement, il paraît être à peu près de la même opinion que son contradicteur. Le Droit naturel, bien qu'il émane des principes internes de l'homme, peut néanmoins et avec raison être attribué à Dieu, parce que Dieu a voulu qu'il y eût en nous de tels principes. Voilà une citation du discours préliminaire qui paraît assez favorable à l'interprétation de Barbeyrac.

Dieu étant considéré comme modèle du Droit naturel, il y a deux opinions en présence : l'une d'après laquelle le premier principe de ce Droit c'est la volonté divine, — qui peut modifier la foi de nature ; — l'autre admettant pour base la sainteté et la justice essentielle du Créateur et concluant à l'immutabilité de la loi naturelle.

Sans doute, Dieu est l'auteur de la loi naturelle, et celle-ci procède de sa volonté, mais à quel signe reconnaître que Dieu a voulu introduire telle ou telle règle parmi les lois du droit naturel. Et voilà une objection contre la première opinion.

La seconde n'échappe pas à toute contestation. Il serait impie de prétendre que la loi naturelle puisse contenir quelque dispense contraire à la sainteté et à la justice divine, mais il n'y a pas une ressemblance parfaite entre la règle des actions humaines, et l'ordre suivant lequel Dieu agit à l'égard de ses créatures.

On ne voit pas comment le Droit souverain qui appartient à Dieu sur les êtres qu'il a créés pourrait être le modèle d'un Droit à fonder entre des êtres naturellement égaux ; ni comment une loi qui impose aux hommes des obligations mutuelles pouvait passer pour une ébauche de l'autorité divine, qui est essentiellement indépendante de toute loi et de toute obligation.

C'est à tort que Velthuysen distingue deux sortes de Droit naturel, l'un divin et l'autre humain. Tout Droit et toute loi renferment en effet quelques obligations et l'obligation supposant toujours un principe extérieur et supérieur, il ne peut être question d'obligation, lorsqu'on met en cause la Divinité.

La nature des choses dépend de la volonté divine, qui, elle, est libre de toute loi. Si les hommes ont l'obligation morale de se montrer reconnaissants quand ils ont reçu quelques bienfaits, s'il ne leur est jamais permis de manquer à leurs engagements ou de se rendre coupable de méfaits, c'est parce que Dieu leur a donné une nature sensible à laquelle certains actes conviendront ou répugneront toujours et nécessairement. Mais il n'y a aucun Droit commun à Dieu et aux hommes, et aucune relation n'existe entre les choses sans la détermination divine.

On ne peut pas considérer comme le fondement du Droit naturel, le consentement de tous les hommes et de toutes les nations, ou du moins de la plupart et des plus civilisées à reconnaître certains actes pour honnêtes ou déshonnêtes. Il n'y a là qu'une démonstration *a posteriori* et Hobbes, ainsi que le remarque Puffendorf, en a bien montré l'insuffisance, et par deux raisons. La première, c'est que, en ad-

mettant cette doctrine, il devient impossible qu'aucun homme pèche jamais contre la loi naturelle, car dès qu'une seule personne diffère d'opinion, il n'y a plus un consentement parfait du genre humain. L'autre, c'est qu'il paraît assez vain de fonder le Droit naturel sur le consentement de ceux qui le violent plus souvent qu'ils ne l'observent.

Du reste, nul ne connaît les mœurs de tous les peuples de la terre et si l'on prétend limiter la nécessité de ce consentement aux seules nations civilisées, on s'expose à déclarer arbitrairementbarbares les groupes humains qui suivent des coutumes différentes de celles qui sont le plus communément reçues.

Enfin, quand ce consentement des peuples serait plus gênant qu'il ne paraît, il resterait encore que le nombre des sots excède celui des sages, et qu'en définitive, l'avis des personnes les moins éclairées s'imposerait à tout le monde.

Il arrive que des peuples restreignent aux membres d'un même Etat le bénéfice d'une stricte observation des maximes générales du Droit naturel. Pufendorf fait allusion au peuple grec et au peuple romain qui tenaient pour ennemi tout ce qui n'était pas membre de la cité.

Quant à l'accord de plusieurs peuples, touchant certaines règles, cela prouve plus dans le sens de la simple permission que dans le sens d'une prescription positive. On ne peut même avoir aucune certitude là-dessus, à cause de la diversité et même de l'opposition qui existe entre les coutumes. D'ailleurs, il est à remarquer qu'aucune nation ne se conduit uniquement par le Droit naturel. Chacune suit ses lois particulières, un Droit civil ou positif, écrit ou coutumier. Il ne faut pas conclure cependant de cette prodigieuse diversité des lois et des mœurs, à l'inexistence du Droit naturel, et soutenir que la somme de tout Droit, c'est l'utilité particulière de chaque Etat.

Les lumières de la droite raison suffisent à découvrir les principes du Droit naturel. On peut démontrer ces prin-

cipes, sans le secours de la révélation, par les seules forces de la raison naturelle dont le Créateur a pourvu tous les hommes. Comme dit l'apôtre Paul, dans l'épître aux Romains, la loi naturelle est écrite dans le cœur des hommes.

En vain objecterait-on que beaucoup d'individus ignorent ou ne comprennent point une démonstration autenthique des principes de la loi naturelle et que la plupart ne connaissent cette loi que par un effet de la coutume ou de l'expérience commune. Ne voit-on pas tous les jours des ouvriers copier exactement des ouvrages sans en saisir l'artifice, et se servir d'instruments sans comprendre la théorie mathématique dont ils constituent une particulière application?

Il n'est pas de meilleur moyen pour connaître le véritable fondement du Droit naturel que de considérer la constitution et les inclinations de l'homme. C'est par une exacte analyse des sentiments humains qu'on peut se rendre compte du principe de la loi naturelle, soit que cette loi ait été donnée à l'homme pour le rendre plus heureux ou pour empêcher que sa malice ne lui devienne funeste. L'homme étant un animal fort désireux de se conserver mais incapable de se défendre sans le secours de ses semblables, est obligé d'être sociable. Et la formule de la loi fondamentale du Droit naturel, c'est que chacun doit être porté à former et entretenir, autant qu'il dépend de lui, une société paisible avec tous les autres, conformément à la constitution et au but de tout le genre humain sans exception.

Pufendorf fait remarquer que sa définition concorde avec l'opinion de Cumberland, suivant laquelle le devoir principal dérivant de la loi naturelle consiste à rechercher le bien commun. La doctrine de Hobbes, qui déduit toutes les lois naturelles du seul principe de conservation, lui paraît assez ingénieuse, mais elle a confondu les sociétés particulières avec la sociabilité commune, les amitiés nouées entre certaines personnes, avec la bienveillance universelle fondée sur une conformité de nature, celle dont se moquait le

Don Juan de Molière, lorsqu'il donnait au pauvre pour l'amour de l'humanité.

Quant à l'obligation où sont les hommes d'observer la loi naturelle, elle est imposée par la volonté de Dieu, créateur et conducteur suprême du genre humain. Il n'est même pas nécessaire que Dieu ait fait une révélation particulière des préceptes du Droit naturel. Personne n'oserait soutenir que ceux qui n'ont jamais entendu parler de l'Ecriture Sainte ne pèchent pas contre la loi de nature, car les lumières de la raison suffisent à procurer la connaissance de la volonté divine en tant qu'il s'agit de ses prescriptions constantes, immuables et éternelles.

La sanction de la loi naturelle consiste en ce que, par la volonté de Dieu, leur observation est naturellement suivie de quelque bien, et leur violation de quelque mal, ne serait-ce d'une part que le contentement des gens de bien, et d'autre part que le remords des méchants.

Y a-t-il un Droit des gens positif et distinct du Droit naturel ? Pufendorf déclare qu'il adopte l'opinion de Hobbes. Le philosophe anglais enseigne que la loi naturelle se divise en loi naturelle de l'homme et loi naturelle des Etats. C'est la dernière qu'on appelle Droit des gens. L'une et l'autre se composent des mêmes maximes. « Mais comme les Etats, du moment qu'ils sont formés, acquièrent en quelque manière des propriétés personnelles, la même loi qui se nomme naturelle, lorsqu'on parle des devoirs des particuliers, s'appelle Droit des gens lorsqu'on l'applique au corps entier d'un Etat ou d'une nation. » Selon Pufendorf, il n'y a donc point de Droit des gens positif qui dépende de la volonté d'un supérieur et ce qui est une suite des besoins de la nature humaine se doit rapporter au Droit naturel.

Ni les traités conclus entre les Etats, ni les usages qu'on est d'accord pour respecter dans les rapports généraux des peuples n'ont la vertu de fonder des règles juridiques, car ce ne sont pas des manifestations d'une volonté supérieure

à celle des sujets du Droit. Voilà pourquoi il ne peut y avoir un Droit des gens positif.

Nos positivum aliquod jus gentium... negamus... sed quod non nemo ad jus gentium quoque referre instituit peculiaria conventa duorum pluriumve populorum, fœderibus et pacificationibus definiri solita, id nobis plane incongruum videtur. Etsi enim illis stare lex naturalis de servanda fide jubet, legum tamen et juris vocabulo valde improprie veniunt. Et prætera infinita ac magna parte temporaria sunt. Quin nec magis partem juris constituunt, quam pacta singulorum civium inter se ad corpus juris civilis spectant. (*De jure naturæ*, lib. II, cap. III, § 23, *in fine*, éd. 1688, p. 158).

Comme il faut une règle des rapports entre Etats, on doit la chercher dans le Droit naturel. Les Etats sont des personnes auxquelles conviennent les prescriptions juridiques établies en vue des relations existantes entre particuliers. C'est en ce sens que se forme un Droit des gens, mais ce n'est pas un Droit distinct. Il ne doit être conservé que comme un fragment détaché de la loi naturelle (1).

Pufendorf explique qu'on ne doit pas fonder le Droit naturel sur la convenance de ses préceptes avec une nature raisonnable. Cela reviendrait à établir dans la raison même la règle des maximes de la raison. Rien ne serait plus défectueux que cette méthode appliquée à la démonstration des lois naturelles.

La plupart des matières que les jurisconsultes romains et le commun des auteurs restés fidèles à la même disci-

(1) *Jus gentium nihil aliud est quam jus naturæ, quatenus illud inter se summo imperio non connexæ gentes diversæ observant, queis eodem invicem suo modo officia præstanda quæ singulis per jus naturæ perscribuntur. De quo non est, quod hic peculiariter agamus, cum ea quæ de jure naturæ deque officiis, singulorum tradimus, facile possint applicarii ad civitates et gentes integras, quæ in unam quoque personam moralem coaluerunt* (*Elementa*, §§ 24-26. Cf. *De jure naturæ*, lib. II, c. III, § 23.

pline s'avisent de rapporter au Droit des gens, par exemple la matière des modes d'acquisition ou celle des contrats, appartiennent, en effet, soit au Droit naturel, soit au Droit civil. A la vérité, il arrive que presque tous les peuples suivent des lois semblables, à l'égard de ces objets qui ne dépendent point cependant de la constitution universelle du genre humain. Ce n'est point en vertu de quelque convention ou de quelque obligation mutuelle que de telles lois sont admises par plusieurs peuples, mais seulement par un effet de la volonté particulière des législateurs de chaque Etat qui se sont attachés par hasard à prescrire ou à défendre les mêmes choses.

C'est en vertu du Droit naturel, et non pas de ce Droit des gens, dit volontaire par Grotius, que les ambassadeurs doivent être considérés comme des personnes sacrées par rapport à un ennemi, à la condition de ne commettre aucun acte d'hostilité.

Le Droit naturel ordonnant de rechercher la paix par toutes les voies honnêtes et les ambassadeurs étant indispensables, à cette fin, il pourvoit nécessairement à leur sûreté. De là cette exemption de toute juridiction, qui permet à ces agents d'accomplir leur mission sans être troublés. Mais quant aux autres privilèges dont bénéficient les ambassadeurs, ils dépendent uniquement de la bonne volonté des puissances auprès desquelles est exercé le droit de légation.

On appelle quelquefois Droit des gens, un ensemble de coutumes, surtout en matière de guerre. Il s'agit notamment de ces adoucissements volontaires, de ces tempéraments utiles, que les vainqueurs introduisent dans l'exercice de leurs droits.

Selon Pufendorf, tant qu'on ne fait que des guerres justes, on peut s'en tenir uniquement aux maximes du Droit naturel ; mais lorsqu'on entreprend une guerre sans cause légitime, il est bon de suivre au moins ces règles coutumières afin de garder quelque mesure dans l'iniquité.

D'ailleurs, il n'y a dans ces coutumes rien qui puisse constituer un Droit universel obligatoire pour tous les peuples. Leurs prescriptions ne sont fondées que sur un consentement tacite, et chacun peut se soustraire à leur application en déclarant expressément qu'il renonce à les observer pour sa part et à s'en prévaloir contre les autres. C'est ainsi que plusieurs de ces coutumes ont été abolies avec le temps, et que de nouvelles maximes fort différentes se sont introduites dans la pratique des nations (1).

Faisant allusion aux critiques d'un auteur qu'il ne nomme point et qui, d'après Barbeyrac, ne serait autre que Samuel Rachelius, professeur à Kiel, Puffendorf constate qu'on lui a reproché de renverser par cette doctrine les fondements de la sûreté entre les peuples. Il réplique que les coutumes dont il a établi le caractère véritable ne sont pour rien dans le maintien des garanties de l'ordre universel et que tout dépend exclusivement de l'observation du Droit naturel. Si on en suit bien les règles, le genre humain n'aura pas grand besoin des coutumes. Du reste, en fondant une coutume sur les maximes du Droit naturel, on lui assigne une origine beaucoup plus noble et une autorité beaucoup plus grande qu'en la rattachant à une simple convention des peuples.

La division du Droit naturel qu'adopte Pufendorf se ramène à la distinction des devoirs absolus et des devoirs conditionnels.

Les devoirs absolus sont ceux qui obligent tous les hommes en quelque état qu'ils se trouvent et indépendamment de tout établissement social.

Les devoirs conditionnels supposent au contraire un cer-

(1) *Solent sub nomine juris gentium venire illæ consuetudines inter plerasque gentes, saltem quæ cultiorum et humaniorum sibi formam vindicant, potissimum circa bellum tacito quædam consensu usurpari solitæ... Quæ si quis legitimum gerens bellum neglexerit, scilicet ubi per jus naturæ recte fieri possunt nulli obligationi validæ contravenisse dici potest.* (*Elementa* § 25, Cf. *De jure naturæ*, lib. II, c. III, § 23.

tain état ou un certain établissement formé ou reçu par la volonté des hommes.

Pufendorf reconnaît que Grotius exprimait la même idée par d'autres termes. Mais il s'est donné ici comme ailleurs le mérite d'approfondir la notion qu'il avait puisée dans l'œuvre du jurisconsulte hollandais, comme dans un répertoire vulgaire qui lui aurait été familier.

C'est ainsi qu'il remarque l'existence d'un rapport constant entre le Droit naturel et l'application des lois civiles, de telle sorte que l'exécution d'un contrat est garantie par quelque précepte de la loi naturelle, s'ajoutant à la force du Droit civil. Il y a même des maximes du Droit naturel que l'on ne conçoit pas sans supposer l'établissement de la propriété des biens et du gouvernement civil.

Mais de ce que la loi naturelle prescrit l'obéissance aux souverains à l'autorité desquels nous sommes soumis en vertu de notre propre consentement exprès ou tacite, il ne suit pas que toutes les lois positives soient de Droit naturel. Certes, à cause de cet engagement originaire, tout sujet qui viole les lois civiles pèche aussi contre la loi naturelle mais il existe toujours, entre les lois naturelles conditionnelles et les lois civiles positives, cette grande différence, que les premières sont fondées sur la constitution universelle du genre humain, au lieu que les autres dépendent uniquement de l'intérêt particulier d'une société civile déterminée, ou du bon plaisir du législateur. Si les lois civiles ne sont point des lois naturelles conditionnelles, elles leur doivent cependant la force obligatoire, devant le tribunal de Dieu.

II. — *Application des principes à certaines matières du droit des gens.*

A. *Le droit de la guerre.* — C'est en trois chapitres, et presque à la fin du huitième et dernier livre, que Pufen-

dorf expose sa doctrine touchant le Droit de la guerre.

Le fondement du Droit de la guerre, la raison justificative du recours à la force, est le Droit naturel et incontestable de se défendre contre une agression injuste (1). Et ce droit appartient aussi bien à l'homme isolé qui vit dans l'indépendance de l'état de nature, qu'au corps d'une Société civile. Il est permis de faire la guerre pour autrui, quand celui en faveur duquel on intervient a un juste sujet de prendre les armes et sous la condition qu'on ait avec lui quelque liaison particulière, par traité d'alliance, ou par considération d'amitié. Pufendorf se demande, à ce propos, si l'on peut entreprendre une guerre en faveur des sujets d'un autre prince, dans le cas où ils seraient opprimés par leur souverain. Il répond sensément que cela n'est permis que dans le cas où la tyrannie est montée à un tel point, que les sujets eux-mêmes peuvent légitimement prendre les armes contre leur souverain légitime, pour obtenir leur affranchissement (2).

Si la nature permet la guerre, ce n'est qu'à condition que celui qui l'entreprend se propose d'en venir par ce moyen à la paix (3).

La guerre doit être juste, cela s'entend en ce sens qu'elle doit avoir de justes causes, soit la résistance à une agression injuste, soit la réclamation d'un droit ou la réparation d'un dommage.

Les guerres entreprises pour le premier chef ce sont proprement des guerres défensives; celles qui se rapportent au deuxième ou troisième chef, ce sont les guerres offensives (4).

Il faut que la justice des causes de la guerre soit manifeste, qu'il n'y ait aucun doute ni sur le fait qui motive les

(1) Liv. VIII, ch. v, § 1.
(2) *Ibid.*
(3) Liv. VIII, ch. vi, § 2.
(4) Liv. VIII, ch. vi, § 3.

hostilités, ni sur le droit prétendu. L'abstention dans les cas incertains est le parti qui s'impose. Enfin, quelque évidente que soit la justice de ses prétentions, un peuple ne doit pas courir d'abord aux armes. Il faut s'inquiéter auparavant de terminer l'affaire « par quelque voye de douceur », par exemple, en négociant, en faisant un compromis entre les mains d'arbitres, en acceptant le jugement du sort. Tous ces procédés amiables se recommandent surtout dans le cas où l'une des parties litigantes réclame quelque objet possédé par l'adversaire. Toute possession fondée sur quelque titre rend sans contredit la cause du possesseur plus favorable tant que son contradicteur n'a pas fait la preuve de son droit (1).

La répugnance du philosophe à l'égard de la guerre est assez visible, non moins que le respect du juriste pour les situations acquises. La maxime *beati possidentes* lui semble contenir une justification suffisante de la prescription dans le Droit des gens. Il est en effet singulièrement plus grave de troubler la possession d'un souverain que celle d'un particulier. Pufendorf ne laisse pas de reconnaître que le possesseur doit appuyer son droit sur d'autres fondements plus solides. Il remarque qu'on allègue, outre la longue possession, quelque titre capable d'ailleurs de conférer la propriété, et, selon la coutume du temps, il emprunte à l'histoire grecque l'exemple destiné à illustrer sa doctrine touchant l'acquisition des territoires par la prescription (2). Le silence des intéressés pendant un long espace de temps constitue une forte présomption en faveur du possesseur. Les occasions n'ont pas manqué à son adversaire de protester de son droit. On doit tenir pour légitimement acquis, même en dehors de la guerre, ce qui a été abandonné par l'ancien maître.

On est un peu étonné de trouver une réfutation vigoureuse

(1) Liv. VIII, ch. VI, § 4.
(2) Liv. IV, ch. XII, § 11.

du sophisme invoqué par des prétendus civilisés pour justifier l'asservissement et même la destruction des peuplades attardées à des pratiques bizarres, parfois criminelles, mais qu'expliquent l'ignorance, le fanatisme religieux ou politique, les anciennes traditions. Il y a une sorte d'ironie latente, à la manière de Swift, mais ici sans doute involontaire, dans la discussion subtile à laquelle se complaît Pufendorf (1).

Pour bien décider cette question de savoir si la coutume qu'ont les Américains d'immoler des hommes à leurs fausses divinités et de manger la chair humaine est un sujet suffisant de déclarer la guerre à ces peuplades, comme à des communautés proscrites par la nature même, il faudrait, selon Pufendorf, examiner successivement deux propositions.

Première proposition. Un prince chrétien peut-il attaquer les Indiens, simplement parce qu'ils se nourrissent de chair humaine comme de toute autre viande, ou parce qu'ils mangent ceux de leur religion, ou parce qu'ils mangent les étrangers ?

Deuxième proposition. A l'égard des étrangers, ne faut-il pas distinguer, s'ils vont dans les Indes en qualité d'ennemis et de corsaires, ou seulement comme des gens qui veulent y entrer et y voyager honnêtement, sans avoir dessein d'y faire aucun mal à personne, ou qui y ont été jetés par la tempête ?

Et avec un tour de phrase, d'allure compassée comme il n'en manquait pas dans le XVIIIe siècle surtout aux traducteurs de traités sur la jurisprudence, Barbeyrac donne pour l'expression la plus fidèle de la pensée de Puffendorf cette simple remarque : « Ce n'est que dans le dernier cas qu'ils (les étrangers) auraient droit de faire la guerre à ces peuples sauvages, pour avoir traité leurs compagnons d'une manière si cruelle et si barbare. »

(1) Liv. VIII, ch. VI, § 5.

Il faut supposer, bien entendu, que c'est en conformité d'une coutume nationale que ces excès ont été commis sur les étrangers. Si le cannibalisme n'était point autorisé par la loi civile ou religieuse, ou quelque usage patriotique et général, il n'y aurait dans ces abus que le résultat de fautes individuelles. Or, une communauté n'est tenue du fait des particuliers dont elle se compose, qu'autant qu'elle a par action ou omission favorisé le délit imputable à quelques-uns de ses membres. Un souverain ne doit être exposé à la guerre que dans les deux cas suivants : dans le cas où il a souffert qu'on fasse injure à l'étranger, et lorsqu'il a donné asile à l'offenseur. Mais la livraison des coupables a lieu plutôt en conséquence de quelque traité particulier qu'en vertu d'une obligation générale, à moins que l'individu auquel il a donné asile, ne fomente un complot contre l'Etat dont il a fui le territoire (1).

Si l'on a pu relever dans le principal ouvrage de Pufendorf une analyse neuve et une interprétation assez généreuse des rapports de Droit entre les peuples civilisés et les tribus sauvages ou barbares, il y a, par contre, sur d'autres points une regrettable conformité de sa doctrine avec celle de ses prédécesseurs les moins capables d'indiquer une solution juridique vraiment originale.

Comme Grotius, Pufendorf admet les représailles, et il entreprend de les fonder en Droit, à l'aide d'arguments nouveaux. « Pour en faire voir la justice, il faut ajouter à ce que dit Grotius sur cette matière, que, comme tout le corps de l'Etat prend à son compte les injures faites par les étrangers à quelqu'un de ses citoyens, on a trouvé qu'il n'était point injuste de supposer, d'autre part, que chaque citoyen

(1) Liv. VIII, ch. VI, § 12. Cf. Montesquieu, « Toutes les nations ont un Droit des gens et les Iroquois même, qui mangent leurs prisonniers, en ont un. Ils envoient et reçoivent des ambassades, ils connaissent les droits de la guerre et de la paix. Le mal est que ce Droit des gens n'est pas fondé sur les vrais principes. » *Esprit des Lois*, liv. I, ch. III.

s'oblige subsidiairement pour les dettes de l'Etat, qui, en cas de représailles, est tenu de le dédommager de la perte qu'elles lui ont causée. » Et le jurisconsulte ayant envisagé avec sérénité les infortunes advenues à de simples particuliers, par suite de représailles, termine sur ce sujet par cette réflexion singulière : « Il faut mettre cela au nombre des inconvénients inévitables dans une Société civile, mais qui sont bien peu de chose en comparaison de ceux où l'on aurait été continuellement exposé dans l'indépendance de l'état de nature (1). »

La guerre, c'est l'usage de la force afin de réduire l'adversaire et cet usage a ses lois. Relativement aux actes d'hostilité que l'on exerce contre l'ennemi et tant sur sa personne que sur ses biens, il faut distinguer le mal qu'on peut lui faire en vertu de l'état de guerre et la modération qu'exige l'humanité. Pour le détail de ces tempéraments à la rudesse de la guerre, Pufendorf renvoie à Grotius (2).

Pufendorf n'a pas approfondi les questions les plus intéressantes du Droit de la guerre. Il se contente trop souvent d'une analyse sommaire et ne paraît pas avoir longuement médité les solutions qu'il propose. Quelques passages révèlent néanmoins une certaine finesse d'analyse. Est-il permis d'employer à la guerre toutes sortes de stratagèmes? A-t-on le droit, selon l'expression d'un ancien capitaine, de coudre la peau du renard à celle du lion? Pufendorf distingue assez judicieusement. On peut tromper l'ennemi par de faux bruits et de faux discours, mais il faut éviter de violer les engagements où l'on est entré par quelque promesse ou par quelque convention.

Les guerres heureuses procurent au vainqueur un enrichissement qui est, en quelque manière, le prix du sang versé, l'indemnité des dommages, le remboursement des frais indispensables engagés dans les opérations militaires.

(1) Liv. VIII, ch. VI, § 13.
(2) Liv. VIII, ch. VI, § 7.

Pufendorf estime qu'il faut entendre assez largement ces sortes de compensations imposées à l'ennemi vaincu. Dans une guerre juste, on acquiert, par le Droit naturel, et l'on peut retenir en conscience, des choses que l'on a prises sur l'ennemi, ce qui nous est dû, ou l'équivalent, y compris les frais de la guerre auxquels l'ennemi nous a engagés pour n'avoir pas voulu nous satisfaire, et même ce que l'on juge nécessaire de garder comme une sûreté pour l'avenir (1). Il est licite d'affaiblir le vaincu, « de le dépouiller de ses richesses superflues, afin qu'il soit désormais plus retenu à notre égard » (2).

Selon la coutume, dans le cas de guerre régulière, le vainqueur devient le maître absolu de toutes les prises faites sur l'ennemi. Peu importe que le butin excède de beaucoup les prétentions qui ont déterminé la querelle, les frais et les dommages de la guerre (3).

Les choses mobilières sont censées prises, du moment qu'elles sont à couvert de la poursuite de l'ennemi. Les immeubles se trouvent dans la même condition, lorsque le détenteur est en état de repousser l'ennemi qui tenterait de se remettre en possession (4).

A qui doit revenir le butin fait à la guerre? Au corps du peuple, c'est-à-dire à l'Etat, ou aux particuliers qui en sont membres, à ceux qui ont fait eux-mêmes le butin?

En principe, c'est au souverain qu'est acquis originairement tout le butin. Il y a eu lieu toutefois d'admettre le partage des prises, soit entre les soldats en général, soit entre les capteurs, soit au profit des citoyens sous forme de dégrèvements d'impôts. La guerre est onéreuse pour tous. Il est équitable « de faire en sorte que chacun se res-

(1) Liv. VIII, ch. VI, § 17.
(2) *Ibid.*
(3) *Ibid.*
(4) *Ibid.*

sente des avantages qui reviennent de la guerre aussi bien que des charges et des incommodités (1) ».

Les choses incorporelles ne sont acquises par droit de guerre, que par la prise de possession du sujet auquel elles sont comme attachées (2).

Quant aux droits qu'une personne a sur une autre personne, ils ne s'acquièrent que par le consentement de cette dernière, car elle n'est pas censée avoir prétendu donner quelque pouvoir sur elle à tout autre. Ainsi, la capture du roi ennemi ne rend pas le vainqueur maître du royaume. On n'acquiert aucune autorité sur les enfants ou la femme du prisonnier de guerre. Que si l'on a pris la femme et le mari tout ensemble, on acquiert alors un droit sur la femme, non parce que l'on tient son mari sous la puissance de qui elle était, mais uniquement parce qu'on l'a prise elle-même, et on n'aurait pas moins de pouvoir sur elle si on l'avait prise toute seule. Mais seule, ou avec son mari, on n'acquiert jamais sur elle le même pouvoir qu'a le mari en vertu de l'union conjugale, mais seulement celui que le droit des armes donne sur les prisonniers de guerre (3).

A quelles conditions la souveraineté est-elle acquise par la force ?

Pufendorf remarque judicieusement que toute conquête légitime suppose que le vainqueur ait un juste sujet de subjuguer les vaincus et que ceux-ci soient ensuite soumis à lui par une convention ; sinon l'état de guerre subsiste et le vainqueur n'est pas devenu leur souverain. C'est à tort qu'on s'est élevé parfois contre la nécessité d'obtenir le consentement des vaincus (4). Il suffit au vainqueur de pouvoir arracher ce consentement en menaçant des plus grands maux le peuple subjugué, s'il refuse de le donner.

(1) Liv. VIII, ch. VI, § 18.
(2) L. VIII, ch. VI, § 19.
(3) *Ibid.*
(4) HORNIUS, *De civit.*, lib. II, cap. IX, § 2.

B. *Le droit des traités.* — La guerre est la manifestation violente du désaccord entre les nations. Quand les peuples ennemis éprouvent le besoin de suspendre les opérations tendant à la destruction réciproque de leur puissance, il intervient alors quelque convention publique dont l'effet varie au gré des contractants. Il arrive que momentanément épuisés, par une entreprise au-dessus de leurs forces, les adversaires préfèrent se retirer de la lutte, au moins pour quelque temps, et, sans rien abandonner des positions conquises et de leurs prétentions rivales, s'accordent une trêve, un intermède pacifique. D'autres fois, les maux de la guerre ont porté leurs fruits, donné à réfléchir aux citoyens qui en souffrent directement. La suspension d'armes favorise ces méditations, et les pourparlers avec l'ennemi. C'est comme un préliminaire de la paix. Ainsi, logiquement, on conçoit deux sortes de conventions publiques se rapportant à la guerre : les conventions que l'on fait avec l'ennemi pendant le cours de la guerre, et qui ne font qu'interrompre les hostilités, ou en atténuer la rigueur ; les conventions qui tendent au rétablissement de la paix entre les contendants.

Dans l'exposé de sa doctrine relativement aux conventions publiques qui supposent l'état de guerre, Pufendorf suit pas à pas Grotius et se borne à contester et à désapprouver plusieurs solutions données par le jurisconsulte néerlandais. Les décisions de Pufendorf ne sont pas toujours conformes à l'équité. L'avantage, dans la controverse, demeure parfois à Grotius. A certains égards, le maître de la science du Droit naturel est l'instituteur de ces juristes de l'école germanique qui introduisent dans les solutions des problèmes juridiques posés par le Droit de la guerre, la morale facile des chefs d'armées, comptables du succès seulement, toujours irresponsables quand ils sont définitivement victorieux. « La violence et la force ouverte étant le caractère distinctif de l'état de guerre considéré comme tel, il semble que la fidélité dans les conventions, qui est

l'instrument propre et naturel de la paix, ne peut avoir lieu dans les actes où il ne s'agit ni de rétablir la paix, ni de la conserver, et qui même semblent plutôt entretenir l'état de guerre que tendre à le faire cesser. »

Et, un peu plus loin, après avoir insisté sur la contradiction qui implique la confiance accordée à l'ennemi qui ne renonce pas, dès lors, à poursuivre les hostilités, mais qui promet seulement de les suspendre quelque temps, Pufendorf conclut que « lors même que quelqu'un se trouve dupé par une telle convention, il n'acquiert par là aucun nouveau droit contre celui qui l'a trompé, puisque l'état de guerre autorise par lui-même toutes sortes d'actes d'hostilité ». D'ailleurs : « Que si l'on se réduit à dire qu'il faut tenir ces sortes de conventions, de peur que le dépit de se voir trompé ne porte l'ennemi à agir contre nous avec plus de fureur, on reconnaît par cela même que toute la force d'un tel engagement n'est fondée que sur l'intérêt de contractants. »

A la vérité, c'est là une vue plutôt philosophique que juridique. On peut soutenir que là, comme partout ailleurs, l'intérêt est le mobile unique des actions humaines. Mais Pufendorf s'obstine dans son paradoxe. Il s'y attache avec d'autant plus de plaisir que ces idées prolongent la chaîne de ses déductions et confirment sa thèse du Droit naturel : « J'avoue que l'on n'est pas obligé d'user actuellement contre l'ennemi de tous les droits de la guerre et que souvent même il est bon et louable d'épargner ceux que l'on pourrait traiter avec la dernière rigueur. Mais cela n'empêche pas que comme il est permis de faire la guerre pour défendre ou poursuivre ses droits par la force, lorsqu'on n'a pu en venir à bout par des moyens de douceur, *il ne soit très conforme à la nature de prendre le chemin le plus court pour arriver à cette fin. Comme donc les conventions qui tendent seulement à considérer ou à suspendre les actes d'hostilités ne font qu'entretenir la guerre, il est clair qu'elles sont contraires à la nature.* »

Pufendorf veut bien reconnaître cependant que l'état de fait est tout différent de l'état de droit qu'il prétend justifier «... Une des choses que l'usage reçu des nations civilisées a établies en faveur de la gloire des armes, et pour l'honneur des guerriers, c'est que l'on doit tenir pour valides ces sortes de conventions. »

Il définit assez nettement la trêve, « par laquelle on convient de suspendre pour un temps, de part et d'autre, les actes d'hostilité » et distingue deux sortes de trêves, « l'une pendant laquelle les armées ne laissent pas de demeurer toujours sur pieds, avec tout l'appareil de la guerre ; celle-là est ordinairement fort courte ; l'autre, pendant laquelle chacun met bas les armes, et se retire chez soi ». La première ne marque qu'une interruption conventionnelle des hostilités. La dernière ressemble fort à la paix, mais elle est dépourvue de ce caractère propre de la paix véritable qui est faite pour durer éternellement.

Pufendorf note que « cette sorte de trêve est ordinairement générale, pour tous les Païs qui sont sous la domination de l'un et de l'autre peuple ; mais qu'elle est restreinte quelquefois à certains pays. Ainsi, par exemple, les peuples d'Europe qui ont des terres dans les Indes Orientales ou Occidentales, font trêve en Europe, sans discontinuer la guerre dans les Indes ».

Il est assez rare que les juristes de ce temps fassent allusion à la pratique internationale contemporaine pour qu'on n'omette pas de signaler toute indication qui s'y rapporte. Pufendorf revient du reste tout de suite aux errements des auteurs qui écrivaient dans le même siècle que lui. A propos des trêves de cent ans, qu'il juge du reste assez ridicules, « n'y ayant point d'injure qui ne s'efface d'elle-même et dont la poursuite n'est prescrite après un si long espace de temps », il rappelle le traité conclu, dit-on, entre Romulus et les habitants de Veïes.

Dans une note qui est aussi dans le goût de son époque, Barbeyrac mentionne avec soin les références à Tite-Live

et à Denys d'Halicarnasse. Il ajoute d'autres exemples, « celui des Acarnaniens avec les Ambraciores dans Diodore de Sicile, lib. XII, cap. LX ; de Théodose II, avec les Perses, Sozomen, *Hist. ecclés.*, lib. IX, cap. IV ; Ferdinand le Catholique avec Alfonse V roi de Portugal, Connestag, *De unione Lusitan*, lib. I ».

L'information érudite était alors sinon plus abondante, et plus sûre, du moins, plus directement rattachée au sujet et moins dédaigneuse des faits historiques accomplis dans l'Europe chrétienne.

Il arrive assez souvent que Pufendorf contredise Grotius, mais ce n'est malheureusement pas toujours sur les points où la contradiction serait bienvenue. Oubliant sa détention, et son ancienne misère de prisonnier de guerre, le professeur royal enseigne que « ceux qui, par quelque accident imprévu, se trouvent malheureusement sur les terres de l'ennemi, après que le terme de la trêve est expiré, peuvent, *comme Grotius* le fait voir, être retenus prisonniers, tout de même que si, étant venus en temps de paix, ils y avaient été surpris par une guerre subitement allumée ».

Quant aux conventions qui terminent la guerre, Pufendorf constate que Grotius en a traité avec tant d'étendue qu'il ne reste qu'à glaner, après une si riche moisson. A la vérité, il n'y a pas du moins continuellement une exacte concordance entre la doctrine du maître et celle du prétendu disciple. Sur la question de la solidité des conventions imposées à un contractant par quelque crainte injuste, le jurisconsulte allemand a une opinion beaucoup plus philosophique que celle du politique hollandais : « Lorsque, après avoir offert un pourparler amiable à un ennemi qui nous attaque injustement et avoir ainsi témoigné qu'on voulait éviter d'entrer en guerre avec lui, on est réduit par la supériorité de ses armes à faire une paix désavantageuse, rien n'empêche qu'on ne se dispense, si on le peut sûrement, d'exécuter les articles d'un tel traité, et qu'on

n'oppose aux demandes du vainqueur l'exception de la crainte injuste par laquelle il nous a contraint d'en passer par où il a voulu ; ou que, du moins, avec le temps, on ne tire satisfaction de cette injure, à la première occasion favorable qui s'en présentera ».

Mais si les parties en sont venues aux mains tout de suite, ont tenté le sort des batailles, comme d'imprudents joueurs, au lieu de recourir à quelque accommodement, le vaincu ne peut se plaindre du tort qui lui est fait, non plus qu'un homme blessé dans un duel où il serait allé de son propre mouvement. Alors s'applique la loi du plus fort et Pufendorf ne manque pas de citer la réponse classique de Sosie à Mercure dans l'Amphytrion, de Plaute.

Un souverain ou un Etat doit-il tenir les traités de paix et d'accommodement conclus avec des sujets rebelles ? Pufendorf se tire de la difficulté par une distinction. Ou le souverain a réduit par la force ses sujets révoltés ; il n'a rien promis et peut agir envers eux comme à l'égard d'ennemis qui se sont rendus à discrétion, ou bien il est entré en pourparlers avec leurs chefs et a consenti quelque accommodement. On se trouve alors en présence d'un véritable traité. Les rebelles redeviennent membres de l'Etat et jurent obéissance à leur souverain, sous la condition qu'il respectera les engagements souscrits. Et ce traité a force de charte ou loi fondamentale, surtout dans les monarchies.

Pufendorf examine le cas où un traité de paix renferme une cession de choses appartenant à des particuliers, et dont le souverain dispose en les attribuant à l'autre Etat. Il ne voit là qu'une conséquence logique du « domaine éminent », c'est-à-dire de ce droit supérieur en vertu duquel le souverain aliène quelque bien de ses sujets, dans une nécessité pressante de l'Etat ou même seulement quand il s'agit de procurer quelque grand avantage. Cette expropriation pour cause de nécessité ou de simple utilité publique comporte d'ailleurs un dédommagement accordé au parti-

culier dépossédé, une indemnité prélevée sur les deniers publics ; mais après déduction de la part contributoire des particuliers aux charges publiques correspondantes. La validité des actes du souverain, qui tendent à opérer ce transfert de propriété, n'a pas à être vérifiée par les étrangers, car, outre qu'on présume ordinairement que tout ce que le roi fait est bien fait, il n'y aurait pas moyen de conclure un traité, si les actes du chef de l'Etat n'étaient constamment réputés la volonté du corps tout entier.

Si la règle juridique veut que chaque particulier soit indemnisé de la perte de ses biens cédés à l'ennemi, et de tous les autres maux de la guerre, surtout s'il n'a pas contribué à faire naître les hostilités, la pratique ne laisse pas d'être toute contraire, et par un retour inattendu à l'observation des faits Pufendorf conclut que l'expérience ne fait que trop voir que les pauvres sujets sont presque partout obligés de souffrir patiemment ces pertes, et de les regarder comme de simples malheurs dont personne n'est responsable envers eux.

Le chapitre huitième du dernier livre se termine par quelques considérations très brèves sur la garantie. Pufendorf rappelle d'un mot l'usage du serment, celui des otages, en ajoutant que l'otage devenu héritier de celui qui l'avait donné cesse alors d'être tenu de demeurer en otage, quoique le traité subsiste encore après la mort de son prédécesseur, ce cas étant en effet tacitement excepté, mais il faut envoyer une autre personne en otage si la partie intéressée l'exige.

Une simple mention est faite des princes ou Etats, médiateurs de la paix, qui se rendent garants de son observation par une espèce de cautionnement qui emporte un traité d'alliance.

En vertu de ces stipulations, les puissances garantes s'engagent à donner du secours à l'Etat qui sera insulté par l'autre, en contravention des articles du traité de paix ; mais elles ne sont pas tenues de prendre la défense de

l'une ou de l'autre partie, si la guerre recommence entre elles, pour un autre motif.

Après avoir exposé sa doctrine touchant les conventions publiques intervenues pendant la guerre ou destinées à terminer les hostilités, Pufendorf étudie les alliances et les conventions publiques conclues sans ordre du souverain. Il y en a de deux sortes par rapport à leur matière : « les unes qui regardent des choses à quoi on était déjà tenu par le Droit naturel ; les autres qui ajoutent un nouvel engagement aux devoirs de la loi naturelle, ou qui, du moins, en déterminent la généralité à quelque chose de précis et de particulier ».

Des premières, simples traités d'amitié, Pufendorf dit assez rudement que « des gens tant soit peu raisonnables devraient presque rougir de faire un traité dont les articles se réduisent à une simple promesse de ne pas violer directement les maximes incontestables du Droit naturel ». A cette catégorie appartiennent, d'après Grotius, les alliances par lesquelles on stipule un droit d'hospitalité et un droit de commerce dans les terres l'un de l'autre, autant que tout cela est dû en vertu du Droit naturel.

Les alliances peuvent se classer sous différents chefs. Il y a des alliances égales et des alliances inégales, des alliances réelles, entre une monarchie et une république, par exemple, et sans considération des personnes qui détiennent actuellement le pouvoir ; des alliances personnelles, conclues avec un chef d'Etat considéré personnellement, en sorte que le traité expire avec lui.

Si régulièrement, toute alliance conclue avec un peuple libre est réelle, on ne peut soutenir, au contraire, que toute alliance conclue avec un roi soit personnelle, par cela seul qu'elle est faite au nom d'une certaine personne. Cette circonstance marque seulement que le personnage visé est l'instrument du traité. A quels signes reconnaît-on qu'une alliance contractée par un roi est personnelle ou réelle ?

Grotius s'abstient d'établir quelques règles générales et

se borne à renvoyer à la teneur même de chaque traité. Une alliance réelle, sera celle dont le traité visera formellement le caractère perpétuel, ou le caractère d'intérêt public général, celle qu'on dit aussi être faite avec le roi, pour lui et ses successeurs. Dans le cas où les termes ne sont pas précis, il faut recourir aux conjectures pour décider, et l'on doit se déterminer quand les conférences sont de part et d'autre également vraisemblables, en tenant compte du caractère plus ou moins favorable de la convention. Il y a lieu de tenir pour réelles les alliances qui se rapportent à un objet favorable, pour personnelles, les conventions visant quelque prestation odieuse ou onéreuse à la charge de l'un des contractants. Les traités de commerce, par exemple, ont incontestablement un objet favorable. Les alliances conclues en vue de la guerre ne sont pas nécessairement des conventions odieuses. Les alliances défensives sont plutôt favorables, les alliances offensives plutôt défavorables. Tel est, selon Pufendorf, l'enseignement de Grotius.

L'auteur du *Droit de la Nature et des Gens* ne le juge pas suffisant. Il prétend établir quelques règles plus précises, pour décider, en général, si les successeurs d'un prince sont obligés de maintenir les alliances du règne précédent. Il énumère quatre hypothèses : *a*) les traités de paix doivent être gardés fidèlement, car ils ont effacé l'injure qui a motivé la guerre ; *b*) il en est de même de toutes les conventions légitimes transférant quelque droit à un tiers ; *c*) l'allié qui a exécuté un engagement dépendant du traité a, pour ainsi dire, le même droit qu'un homme qui a payé ce qu'il ne devait pas. Le successeur du roi défunt doit l'indemniser, ou exécuter les engagements correspondants souscrits avant son accès au trône ; *d*) quant aux traités demeurés sans exécution, ou également exécutés, la règle générale se tire d'une distinction. Les traités conclus par le roi, comme chef de l'Etat et pour le bien du royaume, impliquent une alliance réelle et doivent être appliqués ; les traités qui tendent, au contraire, directement à l'avantage

personnel du prince ou de la dynastie ont plutôt le caractère d'alliances personnelles et périssent avec les personnes intéressées. Pufendorf a soin de remarquer que néanmoins l'usage établi est de renouveler, du moins en termes généraux, les alliances réelles, pour éviter que le nouveau roi prétende se dispenser de garder l'alliance sous prétexte qu'elle n'a procuré aucun avantage à l'Etat.

Sur la question des secours à donner au prince avec qui l'on a fait alliance, mais que ses sujets ont chassé depuis lors, Pufendorf soutient une opinion contraire à celle de Grotius. Hormis le cas de stipulations expresses au profit du roi, pour la défense de sa personne et la sauvegarde de sa dynastie, il n'y a pas lieu de lui aider à recouvrer son autorité dans le royaume. Le but du traité est uniquement l'avantage de l'Etat. Il y a un grand sujet de douter que le roi detrôné puisse demander secours contre les rebelles victorieux, car il ne paraît pas que l'hypothèse ait été prévue au moment de la signature de la convention, et les rebelles ne peuvent être considérés comme des ennemis de l'Etat qui a traité avec leur pays. Les raisons juridiques n'ont pas d'ailleurs la vertu d'empêcher qu'on ne secoure un prince légitime contre un usurpateur, une république alliée contre les entreprises d'un citoyen ambitieux, qui songe à la dictature, du moins tant qu'un titre légitime à la souveraineté ne lui est pas encore définitivement acquis (1).

(1) Liv. VIII, ch. IX, § 9. Sur la question de savoir comment un peuple est dégagé de l'obéissance due au souverain, cf. liv. VII, ch. VII, § 5.

IIe PARTIE

APPRÉCIATION CRITIQUE DE L'ŒUVRE DE PUFENDORF

Que Grotius ait réussi à s'imposer aux savants de son temps, je ne dis pas à leur imposer, que sa discipline ait été subie, sans résistance et pendant longtemps (1), par les jurisconsultes appliqués à l'étude du Droit des gens, ce serait tomber dans en vain paradoxe que de le nier au moins en termes absolus. Le respect de la vérité oblige seulement à reconnaître que de prétendus disciples comme Pufendorf ont assez bien réussi à montrer les imperfections et les lacunes de l'œuvre magistrale pour détourner de l'étude exclusive des *Trois livres sur le Droit de la guerre et de la paix* tous ceux qui recherchaient un enseignement complet et reflètant le progrès des idées et des mœurs.

Il est vrai que l'électeur pâlatin Charles-Louis ordonna d'expliquer publiquement le traité *De jure belli ac pacis*, dans l'Université d'Heidelberg, et qu'il échût précisément à Pufendorf de professer sur ce thème, comme titulaire de la chaire du Droit de la nature et des gens. Mais un professeur n'est pas nécessairement confiné dans le commentaire

(1) « Grotius continued even in our British Universities the acknowledget Oracle of Jurisprudence and of Ethics till long after the death of Montesquieu. » DUGALD STEWART, « *Dissertation exhibiting the progress of metaphysical, ethical and political philosophy, since the revival of letters in Europe* ». *Edit. de sir William Hamilton*, t. I, p. 71 et suiv.

servile du texte imposé par les programmes universitaires. Si grand que fût le crédit du juriste néerlandais, son œuvre n'avait pas évidemment la force d'une codification légale du Droit des gens. Plus facilement encore que dans l'enseignement d'une législation positive écrite, le professeur pouvait se donner quelque liberté, se reprendre, vérifier la solidité de la doctrine, reconnaître les vices de construction, ébranler et finalement jeter par terre les monuments qu'il était payé pour conserver.

Pufendorf n'a pas manqué de se comporter ainsi à l'égard de Grotius. De son enseignement à Heidelberg sortirent les *Huit livres du Droit de la nature et des gens*, qui, selon la remarque de Glafey, ne purent, à la vérité, pas ôter entièrement le livre de Grotius des mains des gens mais lui firent la plus redoutable concurrence. — Les commentaires, les traductions, les abrégés, toute une littérature subalterne commença à se rattacher au traité le plus dogmatique qui eût encore paru sur l'ensemble du Droit de la nature et des gens. Thomasius publiait en 1688 ses *Institutionum jurisprudentiæ divinæ libri III in quibus fundamenta juris naturæ secundum hypotheses ill Pufendorfii perspicue demonstrantur*, qui eurent plusieurs éditions.

La faiblesse du style de Pufendorf est manifeste. Barbeyrac, entre autres, reconnait la facilité et l'élégance merveilleuses de Grotius dans l'expression des idées. Tout au plus reprocherait-il au penseur hollandais un excès de concision, une demi-obscurité, de telle sorte que son ouvrage ne soit guère que pour les savants, tandis que le traité de Pufendorf est beaucoup plus à la portée de tout le monde.

Selon un panégyriste dont l'œuvre fut couronnée en 1797 par l'académie de Stockolm, Pufendorf raconte, il ne peint pas. Il écrit des choses comme s'il les avait entendues et non comme s'il les avait vues. Les lecteurs lisent, ils ne sont pas mis en présence des événements. Le discours coule d'un cours lent et monotone. Jamais un trait brillant, une pensée vive ne vient frapper l'esprit de ceux qui lisent. Le

récit des faits les plus horribles n'est jamais animé de la moindre couleur, l'auteur s'engourdit dans une perpétuelle langueur et aucune flamme n'illumine ses interminables dissertations (1).

Cette critique du style de Pufendorf ne laisse pas que d'être judicieuse et de correspondre exactement à la réalité. Pour avoir trop méprisé la forme, ce jurisconsulte a rendu presque illisibles de gros ouvrages qui ont, par suite, été promptement abandonnés aux seules méditations des savants de sa nation et aux recherches curieuses des publicistes attirés par l'éclat d'un grand nom.

Inférieur à Grotius sous le rapport de l'expression des idées, Pufendorf l'est encore incontestablement au point de vue de la richesse et de la sûreté relative de la documentation. Par les ressources infinies de son érudition, le penseur néerlandais a étonné tous ses contemporains et l'on raconte que Richelieu eut la faiblesse d'être jaloux du prestige de cet immense savoir. Dans la grande pénurie de livres à laquelle il était réduit Grotius, parvenait néanmoins à soutenir sa doctrine par un amoncellement de textes et de citations empruntées à toutes les sources de l'antiquité classique. Sa prodigieuse mémoire a été du reste souvent déçue et il ne manque pas de fausses références aux auteurs anciens. Ces inexactitudes sont peut-être encore plus nombreuses dans les œuvres de Pufendorf. Le traducteur Barbeyrac reconnaît volontiers ces défaillances dont il a essayé toutes les fois qu'il a pu de corriger les effets.

(1) « *Narrat, non pingit, audita scribit, non visa, auctor : legunt, non spectant, lectores. Fluit oratio, æquabili quædam mediocritate non contemnenda ; sed nullis interrupta acribus vibrantibusque sententiis, quæ aculeos relinquant in legantium animis ; sed nullis colorata picturis, quæ spectantem jam honore truculentarum rerum concutiant, jam in admirationem grandium rapiant : pigescit plane oratio, nullis inflammata affectibus.* » Laudatio Samuelis Puffendorffii, auctore D. Jenisch. Ad. S. Nicolai Berolin pastore ; cui palma adjudicata est anno 1797. — Kongl. Vitterhets historie och antiquitets Akademiens handlingar, Sjunde Delen. Stockholm, 1802, t. VII, p. 229.

Il a mis une sorte de coquetterie à signaler dans sa préface les améliorations notables qu'il a dû introduire dans la version qu'il voulait donner des œuvres du maître. Ce que Barbeyrac n'a point vu, c'est que par ce dédain relatif des autorités, par cette insouciance manifeste d'une exacte reproduction des sentences recueillies dans les livres de Rome et de la Grèce, Pufendorf commence à se distinguer des écrivains qui l'ont précédé. L'originalité de ce juriste allemand, professeur en Droit dans les Universités de Suède, est précisément de n'avoir gardé des scolastiques qu'un latin barbare et d'avoir laissé le reste de l'apparatus scientifique dans leurs traités théologiques.

C'est par la forme, beaucoup plus que par le fond, que Pufendorf a mérité l'éloge qu'on lui a fait en prétendant qu'il avait laïcisé le Droit naturel (1).

A la vérité, Pufendorf a entendu s'approprier tout le fond commun des idées que les théologiens, les philosophes et les jurisconsultes de l'époque antérieure avaient exposées.

Ce n'est point le lieu de rechercher ce que l'auteur des *Huit livres sur le Droit naturel* doit au juste à Grotius, à Hobbes et à Cumberland. Selon l'opinion commune, il a suivi l'esprit et la méthode de Grotius et cela n'est pas tout à fait inexact, car lorsque Pufendorf s'appliqua à l'étude du Droit naturel, il prit en effet pour guide Hobbes et Grotius. Son maître de philosophie avec lequel il ne reste pas toujours en parfaite communion, ce fut Hobbes. Son maître pour la jurisprudence ne fut autre que Grotius. Il ne faut donc pas s'étonner des nombreuses occasions qu'eut le professeur de Droit naturel de conformer son enseignement à la doctrine de ces deux écrivains.

Ce qui appartient en propre à Pufendorf, c'est sa conception particulière des fondements du Droit naturel, telle qu'il l'a expliquée dans un langage un peu obscur, au premier livre de son grand traité. Recherchant quelle est

(1) Ad. Franck, *Réformateurs et publicistes de l'Europe, au* XVIIe *siècle*, Paris, 1881, p. 336.

la fin de la société humaine, il a cru reconnaître d'abord que c'était la conservation de l'association entre les hommes et ensuite le perfectionnement de cette association qui doit devenir plus intime, plus complète de jour en jour, qui, tendant à s'agrandir de plus en plus, doit finir par s'étendre à toute l'humanité (1).

Il ne faut pas du reste exagérer la portée du grief que les philosophes ont pu faire à Pufendorf ; il n'est guère de jurisconsulte qui ait échappé à de semblables critiques. On sait que Vico a compris tous ensemble Grotius, Selden et Pufendorf dans le reproche d'avoir manqué d'asseoir le Droit naturel sur sa véritable base en n'établissant pas tout d'abord l'existence de la Providence divine. Mais il s'agissait précisément de faire abstraction du principe sur lequel les théologiens étaient accoutumés de construire pour examiner, d'un autre point de vue purement rationnel, le problème des origines de la Société.

Les publicistes français du XVIIIe siècle ont presque tous quelque connaissance des œuvres historiques et juridiques de Pufendorf.

En tant que Pufendorf a attribué à la timidité naturelle de l'homme ce penchant de s'unir avec ses semblables, il a été critiqué fort rudement par Linguet dans sa *Théorie des lois civiles*.

Les exemples, dit-il, sont très mal choisis et la confiance avec laquelle Pufendorf les détaille ne fait pas honneur à la solidité de son jugement (2). Pour fausse qu'elle soit, l'explication que Pufendorf a donnée de l'origine des sociétés n'en a pas moins été adoptée par Montesquieu. Suivant l'*Esprit*

(1) Jouffroy, *Cours de Droit naturel*, professé à la Faculté des lettres de Paris, 1876, 5e éd., t. II, p. 240. « Pufendorf est tout bonnement un jurisconsulte qui, voulant être un peu philosophe, a cherché une maxime générale d'où il put déduire les bases de son Droit naturel. Sa doctrine n'est pas fausse ; mais c'est à peine un système de morale, c'est tout au plus un système de Droit social. »

(2) T. I, p. 242, édit. Londres, 1767.

des lois, comme d'après le *Traité du droit de la nature*, la paix est la première loi naturelle pour les hommes supposés absolument sauvages et cette paix viendrait non pas de la tranquillité de l'âme, qui écarterait les passions, mais d'une crainte perpétuelle qui en remuerait à chaque instant les puissances.

L'homme dans l'état de nature, dit Montesquieu, ne sentirait d'abord que sa faiblesse, sa timidité serait extrême et, si l'on avait besoin là-dessus de l'expérience, l'on a trouvé dans les forêts des hommes sauvages, tout les fait trembler, tout les fait fuir (livre II, chap. II).

On retrouve aussi dans l'*Esprit des lois* une conception du droit de légitime défense, pouvant servir de fondement au Droit de la guerre, fort analogue à celle du juriste allemand.

« La vie des Etats, écrit Montesquieu, est comme celle des hommes : ceux-ci ont droit de tuer dans le cas de défense naturelle ; ceux-là ont droit de faire la guerre pour leur propre conservation. »

Et de même que Pufendorf montrait comment l'agresseur pouvait être « censé agir défensivement », Montesquieu admet aussi qu' « entre les sociétés, le droit de la défense entraîne quelquefois la nécessité d'attaquer, lorsqu'un peuple voit qu'une plus longue paix en mettrait un autre en état de le détruire, et que l'attaque est dans ce moment le seul moyen d'empêcher cette destruction » (1).

Voilà quelques traces assez visibles, laissées par l'enseignement du maître dans ce chapitre de la guerre. Il suffit de les avoir relevées pour témoigner d'une certaine conformité entre les opinions communes des écrivains politiques français s'intéressant au Droit des gens, et les doctrines déjà un peu vieillies de Pufendorf. N'est-ce pas un résumé excellent de la plus grande partie de la dissertation qui se développe au chapitre VIe du VIIIe livre du *Droit de la nature*, que cette formule de l'*Esprit des lois :* « L'objet de la

(1) *Esprit des lois*, liv. X, ch. II.

guerre, c'est la victoire ; celui de la victoire, la conquête ; celui de la conquête, la conservation » ?

L'Encyclopédie, notamment dans l'article, *Droit des gens*, renferme des appréciations généralement favorables à l'égard de Pufendorf et de son œuvre.

On ne peut regarder comme « un traité méthodique » l'ouvrage de Grotius (*de jure belli ac pacis*). Rien n'est plus propre que les *juris naturæ et gentium et gentium libri octo*, « à donner une juste idée des matières qu'embrasse le *droit des gens* ». C'est un ouvrage « rempli d'érudition et sans contredit fort utile ». Il n'y a de restriction à l'éloge qu'en considération de certaines opinions particulières sur des matières de Droit privé.

Dans son « *Plan d'une Université pour le gouvernement de Russie* », Diderot mentionne au premier rang des livres classiques de la première classe du second cours d'études, l'Abrégé de Pufendorf, c'est-à-dire *Les devoirs de l'homme et du citoyen, tels qu'ils lui sont prescrits par la loi naturelle* (1).

C'est encore cet ouvrage que le professeur de Droit naturel, dans la première année d'études à la Faculté de Droit, devra prendre pour guide en même temps que le traité de Burlamaqui (2).

La bonne opinion que Diderot avait prise de Pufendorf ne doit pas faire illusion sur la réelle autorité du jurisconsulte. Daguesseau ne faisait pas grand cas du *Traité du droit de la nature et des gens*, et il a donné ses raisons dans la IIe instruction sur les études propres à former un magistrat. « Parmi les modernes, les savants du Nord estiment beaucoup le gros traité de Pufendorf, *De jure naturali, gentium et civili*. Je souhaite que vous ayez plus de courage que je n'en ai eu, mon cher fils. Mais je vous avoue peut-être, à ma confusion, que je n'ai jamais pu achever la lecture de cet

(1) Diderot, *Œuvres*, édit. Assézat, t. III, p. 492.
(2) *Ibid.*, t. III, p. 506.

ouvrage. L'auteur est profond à la vérité, mais il écrit à la mode des péripatéticiens qui obscurcissent souvent ce qu'ils veulent définir par des termes abstraits et des expressions techniques, plus propres à donner la facilité de discourir longtemps sur une matière qu'à la faire bien entendre (1) ».

Péchant au point de vue de l'exactitude d'information, non moins que d'autres contemporains plus habitués aux recherches scientifiques, le chancelier ajoute : «... en tout cas si vous aviez le même malheur que votre père et que l'ennui commençât à vous gagner en faisant cette lecture, vous pourrez vous contenter de *lire l'Abrégé que Barbeyrac nous a donné de l'ouvrage de Pufendorf, à qui il a peut-être fait plus d'honneur en l'abrégeant qu'il ne lui en a fait en le traduisant*, quoique cependant sa traduction soit assez estimée...»

La méprise était grossière. Elle a été signalée par l'un des collaborateurs du *Répertoire universel de jurisprudence*. — Garran de Coulon, avocat au Parlement, dans l'article *Droit naturel*, a soin de remarquer que « Pufendorf a lui-même composé cet abrégé de son grand ouvrage dont il ne conserve que trop les défauts ».

Daguesseau ne manque point d'opposer Grotius à Pufendorf. Il vante sans mesure le *De jure belli ac pacis*. « Vous y trouverez des idées moins abstraites, mais plus nobles, plus élevées et plus appliquées aux faits et aux événements que la dialectique, j'ai presque dit la scolastique de Pufendorf, car il a traité la politique à peu près comme les auteurs scolastiques traitent la théologie. C'était aussi (je veux dire Grotius) un génie d'un ordre fort supérieur. Il serait à souhaiter qu'il eût quelquefois un peu plus appuyé et développé ses raisonnements. Pufendorf pèche par un excès de longueur et Grotius, en certains endroits, par un excès de précision...»

(1) *Œuvres*, 1759, Paris, in-4°, t. I, p. 295 et 296.

Il y a plus de précision, sinon, plus de justice, dans les attaques que Voltaire a dirigées contre Pufendorf et généralement les juristes qui ont écrit sur le Droit des gens. Les distinctions trop subtiles auxquelles s'est complu l'auteur du *Droit de la Nature*, dans sa longue introduction métaphysique, étaient fort exposées aux plaisanteries faciles qui égayent le « *Dictionnaire philosophique* ». — « Rien ne contribuera plus à rendre un esprit faux, obscur, confus, incertain, que la lecture de Grotius, de Pufendorf et de presque tous les commentaires sur le Droit public (1). » Voilà la conclusion de tant de controverses sur les mérites respectifs des grandes compilations juridiques du XVIIe siècle. Sans tenir compte des progrès que les premiers traités généraux du Droit des gens avaient favorisés dans la science et s'arrêtant seulement à l'accoutrement suranné des idées, et aux exagérations de l'effort systématique, Voltaire confondait dans la même boutade injurieuse Grotius et Pufendorf.

(1) *Dict. phil.* v. Droit, sect. II, Droit public.

AVRIL.

Bynkershoek

(1673-1743)

Cornelius van Bynkershoek naquit d'une famille de commerçants, le 29 mai 1673, à Middelbourg, en Zélande. A l'Université de Franeker, en Frieslande, il étudia quelque temps les humanités avant de s'y adonner au droit romain ; ce qu'il fit, dès 1693, avec un succès remarqué par Ulric Huber (1). Puis, il fut avocat à La Haye, fort occupé de travaux professionnels dont il se divertissait par de nouvelles publications de jurisprudence latine et la préparation d'un *Corpus juris hollandici et zelandici* : ainsi, en 1702, il fit suivre une étude de la L. ἀξίωσις IX ff. *de L. Rhodia de jactu* d'une dissertation, *De dominio maris*, qui, sur la question, si agitée aux XVIe et XVIIe siècles, de la souveraineté des mers, s'oppose encore avec intérêt aux théories, trop respectueuses des prétentions anglaises, de Gentilis ou Selden, et suit, reprend ou accentue la doctrine, defendue par Grotius et Pufendorf, du droit commun des nations à la liberté de navigation, de commerce et de pêche dans la haute mer. — Cependant, tout comme Grotius, le barreau ne le devait point retenir : il fut tour à tour, en 1703, juge, et, dès 1724, jusqu'à sa mort survenue en 1743, président du tribunal d'appel suprême, siégeant à La Haye, pour les provinces de Hollande, Zélande et Frieslande occidentale. Ces fonctions lui donnèrent la connaissance spéciale du droit maritime international qui, indépendamment

(1) WHEATON, *Hist. des progrès du droit des gens*, t. II (1865), p. 244.

de la question de méthode, rend particulièrement précieuse, au titre de document historique, la première partie des *Quæstiones juris publici*, éditées en 1737 : le livre *De rebus bellicis*, faute de remplir toutes les promesses normales de son titre et de constituer un traité complet de la guerre, a, en effet ce mérite considérable et supérieur, par comparaison surtout à l'œuvre de Grotius, d'être, tant sur les questions générales les plus débattues que dans l'importante matière des relations entre belligérants et neutres, l'exposé très net et suggestif de la pratique maritime et du droit conventionnel. Wheaton dit quelque part que « le plan qu'il avait adopté était bien propre à rendre justice à son sujet » ; on vanterait peut-être plus justement, — à moins que ce ne soit là précisément le sens de l'éloge un peu énigmatique, — l'intérêt rétrospectif de cet opuscule comme recueil d'usages ou catalogue de traités, et son importance comme contribution à l'ancienne diplomatie de la mer. Certains se plaindraient seulement, non sans raison, de sa très mauvaise latinité, souvent bien difficile à comprendre : quelle que soit la valeur, communément louée, de sa meilleure édition (1), on éprouve parfois de la peine à la consulter. Il en est tout différemment, grâce à la traduction de Barbeyrac (2),

(1) Cette édition fut publiée, en 1761, dix-huit ans après la mort de Bynkershoek, par Ph. Vicat, professeur de droit à l'Académie de Lausanne (2 vol. in-f°, XVI, 427 — XIV, 480 p. — *Coloniæ Allobrogum*). Une liste détaillée et critique des diverses éditions se trouve dans un ouvrage, *Cornelis van Bynkershoek, zijn Leven en zijne Geschriften*, de M. O. Wicker Star Numan (p. 443-490), dont je dois l'indication et le prêt à des collaborateurs de la *Revue du droit public*, M. Vankouteren, avocat à Amsterdam, et M. le professeur de Louter, d'Utrecht, à qui j'exprime ici ma vive gratitude. — Je n'ai, par contre, trouvé aucun des écrits anciens sur Bynkershoek, dont M. Star Numan fait (p. 2-24) l'énumération, et dont le nombre faisait dire à Vicat, dans sa Préface (t. I, p. XII) : *Librum scriberem, si in medium proferrem, quibus eum testimoniis publice prosecuti sunt omnium terrarum eruditi ; sed eum hæc ubique satis sunt cognita, prudens hic abstineo.*

(2) Ed. La Haye, Johnson, 1723.

du *De foro legatorum* (1721), lequel, plus encore que le précédent ouvrage, est un écrit professionnel, la relation développée d'une affaire vraisemblablement jugée par l'auteur (1).

*
* *

L'analyse qui sera faite, dans cette monographie, de chacun des écrits de Bynkershoek s'appliquera à faire apparaître l'originalité de leur doctrine, et ce caractère général d'être d'une rigueur logique, telle, parfois, sur certaines questions (l'étendue de la souveraineté ou l'exercice de la guerre, par exemple), que l'esprit est tenté d'opposer leur sévérité à la tendance contraire, perceptible dans les œuvres de Grotius, de concilier le plus ancien droit impitoyable à l'ennemi avec les idées chrétiennes d'humanité et la notion moderne de commerce international. Comme cette démonstration ne peut être faite, en quelque sorte, qu'expérimenta-

(1) Dans son livre, *Des franchises diplomatiques et spécialement de l'exterritorialité* (Bruxelles, 1891), M. Em. Vercamer dit : « C'est une œuvre de circonstance, écrite à la hâte, au milieu des distractions d'autres occupations et à propos d'une affaire litigieuse qui passionnait alors les esprits. La Cour suprême de la province de Hollande, dont Bynkershoek fut un membre très distingué, venait de condamner un regnicole à une peine d'emprisonnement, nonobstant sa qualité de résident du duc de Lunébourg. Le condamné éprouva le besoin de décharger sa bile dans une élucubration connue sous le nom de : *L'ambassadeur et ses fonctions*, par M. de Wicquefort, et c'est ce qui valut à la littérature du droit des gens une de ses bonnes œuvres : le *De foro legatorum*, de Bynkershoek ». M. Rivier a relevé, très justement (*Revue de dr. internat.*, t. XXIII (1891), p. 435), contre M. V. sa sévérité quelque peu excessive pour Wicquefort, et surtout ses erreurs lourdes au sujet de Bynkershoek : celui-ci a déclaré lui-même (ch. xxvi, §§ 2 et 3, trad. Barbeyrac, p. 148-150) avoir, en 1721, composé son livre sur le cas du comte de Flohz, envoyé du duc de Holstein auprès des Etats Généraux des Provinces-Unies, qui s'était fort endetté dans le commerce des actions de la mer du Sud ; il avait deux ans à peine, quand Wicquefort fut condamné à la prison perpétuelle, dans les conditions rapportées au *De foro legatorum*, ch. xi, t. II, p. 137, trad. Barbeyrac, § 8, p. 121.

lement, il convient de ne point anticiper. — A l'inverse, dès maintenant, il est possible de définir l'originalité de la méthode. Au moment où écrit Bynkershoek, Grotius avait posé la thèse de l'antinomie, du moins de la dualité d'existence, du droit naturel et du droit positif, l'un dérivant comme une conséquence forcée de l'établissement entre les peuples d'un état de société, l'autre se présentant comme un effet de la volonté de ces mêmes peuples, le premier nécessaire et immuable, le second subsidiaire et subordonné ; et les publicistes formés à son école, comme Pufendorf, en étaient arrivés à cette conclusion que la réglementation des rapports internationaux devait être arrêtée, et la science du droit des gens construite, sur un fondement spéculatif, d'après le droit abstrait du *jus naturæ*. Bynkershoek ne voulut, au contraire, que d'une base exclusivement positive, revendiquant pour les usages communs et les règles écrites dans les traités la valeur d'un droit et l'autorité de préceptes juridiques (1) ; il accrédita ainsi cette féconde conception que l'étude du droit positif est l'objet principal, sinon même exclusif, de la science. Aussi bien, ce n'est point sans une manifeste satisfaction qu'il relève, s'approprie et glose (2) tel aveu de Grotius : *Rationes, quæ pro se quisque afferunt, nihil definite concludunt, quia jus hoc*, non ut jus naturale, *ex certis rationibus certo oritur, sed* ex voluntate gentium *modum accipit*. De fait, le droit des gens étudié, dans le *De rebus bellicis* ou le *Juge compétent des ambassadeurs*, est celui qui, à l'époque, se dégageait des usages (*usus*), des traditions (*mores*) et du consentement exprès des États (*consensus gentium*) manifesté dans les traités conclus par les nations chrétiennes de l'Europe occidentale, les seules qui fissent alors partie de la communauté internationale (*mores gentium europæarum*).

(1) V. l'excellente *Introduction à un cours de droit international public* de M. Leseur, (Paris. 1892).

(2) *De foro legatorum*, ch. xvii, éd. Vicat, p. 147 ; trad. Barbeyrac, § 9, p. 197.

Ce n'est point à dire, au surplus, que, pour limiter à l'exposé de la coutume et du droit conventionnel la tâche de la doctrine, Bynkershoek l'y absorbe toute et néglige de faire sa place à la critique raisonnée : celle-ci doit servir au contrôle de la pratique, tenir ainsi dans le droit des gens la place d'un élément distinct de l'élément positif, et se voir reconnaître dans toute discussion une légitime autorité (1). On l'inférerait, au besoin, de déclarations aussi nettes que celle-ci : *Sed non autem ex his jus gentium efficere, quia* ratio, juris gentium magistra, *non patitur* (2); on n'en saurait douter en présence de tel avertissement *Ad lectorem*, dont un fragment a comme objet et pour mérite de maintenir la suprématie de la raison sur l'autorité dans les investigations scientifiques du droit international : *Nulla ullorum hominum auctoritas ibi valet, si* ratio *repugnet. Non Grotius, non Puffendorfius, non interpretes, qui in utrumque commentati sunt, me convicerint, si non conviceret* ratio, quæ in jure gentium definiendo utramque paginam facit. *Inde est, quod auctoritatibus coacervandis fere abstinuerim, non difficulter alioquin earum mole potuissem implere et onerare hos libros* (3). Par où l'on aperçoit aussi, en ce qui touche les procédés mêmes de composition, que la substance des développements n'est point, d'une manière générale, encombrée par le verbiage et la fausse érudition, justement reprochés à tel ou tel prédécesseur, Paschal ou Wicquefort en particulier (4).

Et d'abord, à cet égard, c'est (sauf peut-être dans le *De dominio maris*, où la méthode est moins accusée, à raison de l'objet ou de la date de l'opuscule) le rejet des analogies

(1) ... Utilitas equidem nostra non admittit, sed *de ratione*, non de utilitate omnis disputatio est (*De reb. bellic.*, ch. III, t. II, p. 179).

(2) *Ibid.*, ch. XII, p. 186.

(3) T. II, p. 161.

(4) *De foro legatorum*, c. XVIII, *in fine* (Wicquefort), t. II, p. 149 ; c. XX, *in fine* et XXIV (Paschal), t. II, p. 152, 156, trad. Barbeyrac, p. 222, 246, 283.

du droit romain, toutes les fois au moins où celles-ci ne pourraient jeter sur les problèmes discutés qu'une faible lumière (1) : c'est moins suivant elles, en effet, qu'il faut décider que d'après le droit des gens universel et les privilèges reconnus par lui ou, à son défaut, par le consentement des souverains intéressés. « Les règles du droit public ne se tirent point, dit-il *passim*, rapportant des paroles de Wicquefort, du Code, ni des Digestes, et encore moins des Décrets et des Décrétales. De tous les glossateurs du droit civil et canon, il n'y en a pas un qui s'étende sur le droit public, ou qui y applique les lois ou les canons : parce que ce sont deux professions qui ont des objets différents et qui agissent souvent sur des principes et des maximes contraires(2).» Ainsi, de même qu'il répugne à « s'embarrasser de tout ce que disent les docteurs dans leurs disputes », ou encore à « compiler les monuments de l'antiquité » (3), Bynkershoek est, en général, disposé à écarter l'autorité du droit romain dans les discussions relatives au droit des gens moderne : à la vérité, les passages sont encore assez nombreux, dans lesquels l'avis de Paul ou de Julien, de Pomponius ou d'Ulpien est allégué, à côté des opinions de Kirchner, Marselaer, Huber, Wicquefort ou Grotius, et il est même tel ou tel chapitre de l'œuvre qui traite exclusivement des « décisions du droit romain » (4). Néanmoins,

(1) V. une application [extension admise des solutions de la *Lex Rhodia*] dans la question du *droit de rescousse* (*servaticium*) et de la rétribution que le propriétaire d'une reprise doit, *jure recuperationis*, allouer au repreneur, *De reb. bellic.*, c. v, *in fine*, t. II, p. 173. — Comp. à propos des *ambassadeurs marchands*, et sur l'influence possible de la L. 4, *de comm. et mercat.*, C., I. 4, tit. 63, dans le *De foro legatorum*, ch. xiv, t. II, p. 141 ; trad. Barbeyrac, § 5, p. 153.

(2) *De foro legatorum*, ch. vii, *in fine*, t. II, p. 132 ; trad. Barbeyrac, § 8, p. 84.

(3) *De foro legatorum*, ch. ii, et viii, *in fine*, t. II, p. 124, 134 ; trad. Barbeyrac, § 5, p. 15 ; § 6, p. 96.

(4) *De foro legatorum*, ch. vi : *De foro competenti legatorum, quid jure romano cautum sit...*

l'observation générale demeure. L'argumentation et la doctrine sont de base et de tendances modernes, fondées principalement sur les ordonnances des Etats Généraux des Provinces-Unies et les décisions de la Cour de Hollande, plus généralement sur « l'usage des peuples ». C'est, en effet, la caractéristique de la méthode de Bynkershoek que de prêter à la coutume en même temps qu'à la raison (1) une considération spéciale, « puisque c'est de là que se forme le droit des gens » ; et c'est l'essentiel de cette méthode d'exiger de la coutume des caractères d'authenticité et de fixité bien précisés. *Jus gentium commune* [*in hanc rem*] *non aliunde licet discere, quam* ex ratione et usu... *Usus intelligitur* ex perpetua quodammodo paciscendi edicendique consuetudine... *Dixi, ex perpetua quodammodo consuetudine, quia unum forte alterumve pretum, quod a consuetudine recedit, jus gentium non mutat* (2). La doctrine moderne (3) n'obéit pas à d'autres principes quand elle fait dominer dans la science la tendance historique ; quand elle tient, spécialement dans les rapports internationaux, l'usage ancien et répété comme expressif d'un droit commun et, à défaut de volonté contraire exprimée, comme équivalant à

(1) *De foro legatorum* (ch. III, éd. Vicat, t. II, p. 125 ; trad. Barbeyrac, §§ 11-12, p. 27-29 : *Non erraverit, qui veteres juris auctores secutos id esse dixerit, quod ratione præeunte inter gentes servatur, sinon inter omnes, inter plerasque certe et moratiores.* Duo igitur ejus quasi fulcra sunt, ratio et usus... *Quicquid autem, et quam varie, et quam anxie de jure gentium disputatur, eo semper causa recidit, ut* quod ratio dictavit gentibus, quodque illæ rerum sæpe factarum *collatione inter se observant,* unicum jus sit eorum, qui alio jure non reguntur. *Si omnes homines sint, id est, ratione utantur, haud fieri potest aliter, quin ratio iis quædam suadeat et imperet, quæ mutuo quasi consensu servanda sunt, et quæ deinde in usum conversa gentes inter se obligant, et sine quo jure nec bellum, nec pax, nec fœdera, nec legationes, nec commercia intelliguntur.*

(2) *De rebus bellicis*, ch. X, t. II, p. 181. — Cpr. *De foro legatorum*, ch. III, p. 126 ; trad. Barbeyrac, § 16, p. 35.

(3) V. Renault, *Introd. à l'étude du droit internat.* (1879), nos 13, 30, 31, p. 14, 39, 41.

un accord exprès ; ou bien encore lorsque, préoccupée de déterminer distributivement la force obligatoire des accords internationaux, elle enseigne que, vis-à-vis des puissances qui n'y sont pas intervenues, ou même dans les relations de ses signataires avec les premiers, un traité est dépourvu de valeur obligatoire, et a seulement l'importance de la constatation d'un fait. Il était intéressant de noter dans l'œuvre de Bynkershoek (1) l'affirmation de ces idées aujourd'hui communes. Après quoi, il faut indiquer les singularités et la substance des trois parties de cette œuvre, qui, tour à tour, traitèrent spécialement de droit public.

*
* *

Le *De dominio maris* est la première en date ; ce qui expliquerait peut-être qu'elle soit, comme je l'imagine, la moins importante et la plus lâchée, ses conclusions étant, d'ailleurs, assez précises et fermes. Elle a ainsi de l'importance, sinon par une extraordinaire valeur intrinsèque, du moins comme indication des idées doctrinales triomphantes ou reçues lors de sa publication.

A cet égard, dès le moyen âge, s'étaient affirmées les prétentions des gouvernements à l'empire des mers (2), tandis que les hasards militaires et les discussions théoriques servaient, les uns à fonder une souveraineté déclarée impos-

(1) *De foro legatorum*, ch. XIX, *in fine*, t. II, p. 151 ; trad. Barbeyrac, § 7, p. 233 : ...*Gens gentem non obligat, nec vel omnes gentes obligant aliam, licet solam quæ suis juris est, et aliis legibus uti decrevit.* ... Jus gentium *nihil est, nisi* præsumptio secundum consuetudinem nec quicquam valet præsumptio, ubi expressa est voluntas ejus de quo agitur..... *Id nempe non prodesse, si contraria accesserit contestatio, quia voluntas expressa tacitam excludit, nec ullum, ut dixi, jus gentium est, nisi inter voluntas ex pacto tacito.*

(2) V. les détails groupés dans le vigoureux et riche article de M. de LAPRADELLE, *Le droit de l'Etat sur la mer territoriale*, dans la *Rev. gén. de dr. intern. public*, t. V (1898), p. 268, texte et notes 2 à 6. — V. aussi NYS, *Etudes de droit international et de droit politique* (1901) : Un chapitre de l'histoire de la mer, p. 181.

sible par la législation romaine, les autres à rattacher à cette prétendue propriété, comme un droit régulier, le monopole de la pêche, et, comme conséquences de même nature, le droit aux honneurs maritimes et la faculté d'interdir aux neutres la guerre navale dans les zones ainsi revendiquées en seigneurie (1). Cependant, suivant les nécessités ou les intérêts de chaque heure, telle puissance qui, comme l'Angleterre, percevait les péages dans la mer du Nord, ne manquait point, en d'autres circonstances, de défendre, contre le Danemark par exemple, une autre thèse, dans certaines conditions avouée aussi par l'Espagne : celle de la libre navigation du vaste océan et de l'usage nécessairement commun à tous les peuples de la mer et de l'air. Et des auteurs, dont M. Nys, suivant l'heureuse originalité de ses dernières publications, a rappelé l'existence et les conclusions (2), étaient aussi intervenus : les uns, d'une manière générale, comme Ange de Ubaldis ou Nicolas Everardi, avaient discuté les titres de toute défense non appuyée sur une longue occupation, et la légitimité, hors quelques cas exceptionnels, des taxes de circulation et de la perception de droits d'entrée ; les autres, d'une manière plus contingente et circonstanciée, comme le moine fran-

(1) Bynkershoek, *De dominio maris*, ch. v, p. 107. — V. dans Selden les faits se rapportant au triple droit de passage, de pêche et de guerre, allégués pour prouver que l'Angleterre exerçait notoirement sa souveraineté sur les mers situées à l'orient et au nord des Iles-Britanniques : *nimirum sisti, quandoque naves quorumcumque tam exterorum quam subditorum in portubus, per omnia sæcula* tralatitium *est* (*Mare clausum*, liv. II, ch. 20). — *Utrinque interim securitas ejusmodi ex pacto nonnunquam præstabatur, sed* ab Anglo tam ut a domino *loci quam ut ab eo qui in amicitiam rediturus erat ; ab aliis hoc tantum nomine, non illo* (ch. xxi). — V. aussi liv. II, ch. xxvi, sur l'usage imposé à presque toutes les marines étrangères d'amener leurs pavillons devant celui de l'Angleterre (Comp. Ravneval, *Liberté des mers*, t. II, p. 90).

(2) Nys, dans le volume précité, sur les *Origines du droit international*, le chapitre *La liberté des mers*, p. 380-384.

ciscain Alphonse de Castro, avaient combattu les droits allégués par les Portugais sur la mer des Indes, et par les Génois ou les Vénitiens sur le golfe de Gênes ou la mer Adriatique. Entre temps aussi, les incidents de la lutte entre les Provinces-Unies et Philippe II d'Espagne, les difficultés suscitées à la Compagnie hollandaise des Indes Orientales, antérieurement à la trêve d'Anvers d'avril 1609, ou bien encore les discussions touchant le Spitzberg et le Groënland avaient provoqué des écrits dont certains, comme l'*Abridgement of all Sea-Laws* (1613) et le *De dominio maris* (1615) de l'Ecossais William Welwod, ou le *The sovereignty of the Britisch Sea* (1653) de l'Anglais John Boroughs ont perdu toute autorité en présence des deux œuvres, capitales et aux doctrines divergentes comme leur titre même, qui sont le *Mare liberum* de Grotius et le *Mare clausum* de Selden.

De la première, après l'étude si complète sur Grotius, insérée dans le présent volume, il ne saurait être question de résumer même la substance, puisée, dit Cauchy, « à la source commune du bon sens et du bon droit » ; de la seconde, le même Cauchy, Ortolan et Hautefeuille notamment (1) ont donné des analyses assez connues pour qu'il soit inutile de rappeler par le détail comment l'empire britannique, dont le secret est ainsi révélé, se prétendit maître de tout l'espace où se jouent les flots de l'Océan et limité seulement, quant à son domaine maritime, par les rivages et les ports des autres nations transmarines (2). Tout au

(1) Cauchy, *Le droit maritime international* (1862), t. II, p. 95-116 ; — Ortolan, *Règles internationales et diplomatie de la mer* (1864), p. 128-137 ; — Hautefeuille, *Hist. des origines, des progrès et des variations du droit maritime international* (1869) p. 18 et s.

(2) V. dans Cauchy, *op. cit.*, p. 105 et s. les deux ordres de faits invoqués à l'appui de la domination britannique : les uns, émanant de l'Angleterre, et servant à établir qu'elle a, de fait et de droit (*tum corpore, tum animo*), pris et gardé possession de ces mers ; les autres, émanant des peuples voisins et devant servir à transformer cette prise de possession en droit légitime par la reconnaissance ou

plus, convient-il, pour la pleine intelligence des opinions de Bynkershoek, de noter ici, après lui, mais d'une manière plus nette, une distinction formulée chez Grotius, et une confusion à dessein maintenue dans les affirmations de Selden. Grotius avait démontré, en logique et en équité, que la vaste mer, inépuisable dans sa substance et ses usages, ne comporte aucune délimitation, toutes frontières permanentes étant impossibles à reconnaître et à défendre ; et il avait opposé, avec quelque timidité d'ailleurs, aux conceptions ainsi inadmissibles de droit privatif sur la mer, la notion de souveraineté qui, dès son époque, s'était quelque peu dégagée de celle de propriété, et grâce à laquelle les peuples pouvaient plus justement prétendre à taxer, dans certaines limites, le passage des navires (1). Or, Selden, pour donner à sa thèse plus de raison et d'apparence, avait, à dessein, confondu dans les mêmes explications ces deux choses absolument distinctes dans leur essence, suivant une autre remarque de Grotius, qui sont, d'un côté, la pleine mer impatiente de toutes traces sensibles d'un domaine souverain, (*Oceanus, quem immensum, infinitum, rerum parentem, cœlo conterminum antiquitas vocat*), et, de l'autre, les parties du même élément accidentellement emprisonnées dans un lac, resserrées dans un golfe ou presque entremêlées avec l'élément terrestre dans les sinuosités produites par les promontoires et les

l'aveu des puissances intéressées. Sur la thèse même, V. la conclusion du *Mare clausum* : *Et verum certe est, juxta testimoniorum superius adductorum cumulum, ipsa vicinorum principum (qui transmarini sunt) littora, seu portus, Britannici imperii, quod marinum est, metas esse, sive australes, sive orientales ; in aperto autem et vasta septentrionis atque occidentis oceano, post diffusissima æquora, quæ Anglo, Scoto, Hiberno, occupata sunt, eas esse constituendas.* — Comp. WALKER, *A history of the law of nations*, t. I (1899), § 92, p. 164-169.

(1) *De jure belli ac pacis*, liv. I, ch. III, § 13. — Comp. sur la même distinction, BODIN, *Les six livres de la République* (Paris, 1577), liv. I, ch. XI, p. 215, et les références à de plus nombreux auteurs données par M. DE LAPRADELLE, *op. et loc. citt.*, p. 276.

baies (*mare interius, quod terris undique infusum alicubi etiam fluminis latitudinem non excedit*) (1). Et c'est l'originalité, relative, mais suffisante, de Bynkershoek, d'avoir poussé la distinction de Grotius et évité la confusion de Selden, pour donner de la mer territoriale une théorie et une formule, dont la fortune a été justement plus heureuse que celle des développements consacrés aux idées de possession de l'Océan.

Au surplus, encore que, dans les premières années du XVIIIe siècle, la question de la liberté des mers ne fût point définitivement tranchée, les principes du *Mare clausum*, les affirmations de Charles Ier et de Cromwell touchant « le droit de souveraineté dans les mers britanniques » et la défense par Borgo des prétentions génoises sur la mer de Ligurie, avaient trouvé, après Grotius, dans Pontanus et surtout Graswinckel, des contradicteurs énergiques, dont les arguments sont maintes fois rapportés dans le *De dominio maris* (2) ; par ailleurs (3), les Etats se limitant, en fait, sinon nominalement, pour mieux triompher et rendre la perception des droits et taxes plus facile en la rapprochant des côtes, cessaient progressivement de « revendiquer les eaux les plus lointaines pour s'en tenir aux plus proches,.. donnaient à leur revendication une base nouvelle en l'appuyant sur le caractère accessoire de la mer adjacente et par là fortifiaient d'un argument nouveau leur thèse chancelante », sauf à étendre le champ de leur action très hardiment, selon les circonstances, au gré de leurs intérêts. Dans ces conditions, les doctrines de Bynkershoek étaient comme prédétermi-

(1) *Mare clausum*, liv. I, ch. III : *Mare intelligimus universum et tam oceanum apertum*, seu exteriora *quæ sunt maria* quam quæ interiora *sunt, veluti Mediterraneum, Adriaticum, Ægeum, Britannicum, et* quæ sunt id genus alia, *haud aliter ab Oceano* ac uti partes undequaque homogeneæ a toto, *discrepantia.*

(2) V. *De dominio maris*, ch. VI, éd. Vicat, p. 109 ; — Nys, *op. et loc. citt.*, p. 388.

(3) De Lapradelle, *op. et loc. citt.*, p. 269.

nées, soit que, se basant sur les définitions données par les jurisconsultes romains des modes d'acquérir, il déclarât (ch. I, IV, VI) fatalement impossible, parce que non continue, toute prise de possession d'un océan ; soit que, se raillant de l'*ambitiosa eruditio* de Selden (ch. V), ou réduisant à leurs vraies proportions les noces traditionnelles des doges avec la mer Adriatique (ch. VI), il ne reconnût point l'obligation du salut et la supériorité du pavillon, accidentellement imposée par certains traités, comme un aveu presque européen du domaine maritime de l'Angleterre (ch. VI), et ne tînt pas davantage le mariage symbolique avec la mer pour une occupation effective, génératrice d'un droit privatif ; soit enfin que (ch. I et III), proportionnant les effets aux causes, et affirmant cette indiscutable vérité que le prix d'une conquête vient seulement de son caractère définitif, il montrât le caractère dérisoire de la prétention, sérieusement attribuée dans le *Mare clausum* (1) à quiconque prend possession des eaux voisines d'un rivage, de « se réserver mentalement l'espoir d'étendre de proche en proche ce domaine maritime sur l'indivisible surface de tous les océans du monde ». S'agit-il du principe, il l'énonce en termes suffisamment absolus pour l'époque : *certum est, et porro consequi, non aliter id* dominium *retineri, quam* possessione perpetua, *hoc est, navigatione quæ perpetuo exercetur* ad custodiam *maris, si exterum est, habendam : ea namque remissa, remittitur dominium, et redit mare in causam pristinam, atque ita rursus occupanti primum cedit* (2).

(1) Liv. II, ch. 30 : *Haud enim est exigendum ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet (quod bene monet Paulus), sed* sufficit quamlibet partem *ejus fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit uti fundum usque ad terminum velit possidere... adeo ut, quemadmodum Siculus Flaccus de agris occupatoriis : terræ, inquit, nec tantum occupaverunt quod colere potuissent, sed quantum in spe colendi reservavere ; simile etiam de mari ita occupato dici queat :* quantum in spe utendi fruendi reservatum est et finitione designatum.

(2) Ch. III [*Mare exterum an et qua ratione occupari et dominio teneri possit*], éd. Vicat, t. II, p. 104.

S'agit-il de tel ou tel aspect du développement exagéré donné par certaines puissances maritimes de son temps (1) à leur ambition dominatrice, il est plus catégorique : *Occupandi et possidendi* animus non statim *colligitur* ex sola navigatione *: fac enim non tantum condendarum urbium, ut Hanno, sed mercaturæ causa, sed peregrinandi voluptate, non is maris, quod navigat, efficietur dominus possessorve, cum utique palam desit animus, et sine animo titulus ; immo, si quis vel piscationis ergo mare ingressus sit, nisi de animo aliunde constet, occupasse non censebitur ut, nec possidere, si quis idem mare quotannis, quot mensibus vel etiam quotidie ad piscandum pergat ingredi : quotus enim quisque est piscatorum, qui imperium maris animo versat suo, et non optet pisces magis quam illud nancisci ? apparet inde vix* mare, ut occupetur ac possideatur, frequentari, *et, si fiat*, difficilem esse probationem animi (2). On regrette seulement qu'avec un respect trop grand ou par l'influence inconsciemment subie des traditionnelles idées d'occupation, il ait constamment traité la question à ce dernier point de vue et en fait, au lieu de la résoudre

(1) [Réfutant les allégations de Selden et de Welwod] *Quinimo si vel olim* Angli *possederint, cedo mihi hodie, ne verba perdam, vel classem, vel navim unam, quæ populi anglicani nomine mare britannicum navigat, et tamen hoc agimus, ut* mare hodie pronunciemus liberum et commune (ch. v, p. 107). — [Rapportant les grands développements de Burgo et de Palatius] ...*de possessione constare ex condita* Venetiarum *urbe in ipso, quo de agimus, mari Adriatico, ex decantata illius desponsatione annua, ex continua navigatione, ex prœliis et victoriis navalibus, quibus hostes suos mari toto non summovere tantum, sed ipsam aliquando Rhodum, illam olim maris dominam, subegere : et dubitamus adhuc ?* Repetenda et constituenda res est ex principiis de origine dominii (ch. vi, p. 109). — Une seule possession lui paraît avoir été juridique et efficace : *Juxta mare Mediterraneum autem orbis erat ubicunque romanus, et, si quid minus fretis imperassent, supplebat* classium custodia, *qua, ut diximus perpetua utebantur ; argumento hæc sunt, quam recte id mare ab Mela et Romanorum aliis « nostrum » apprehentur* (ch. iii, p. 105).

(2) Ch. iii, *ibid.*, p. 104.

péremptoirement et en droit, par cette raison que la pleine mer est, comme *res communis* ou *nullius*, préservée contre toute appropriation; la solution demeure cependant exacte, intéressante surtout par les distinctions qu'elle implique.

Hæc autem possessio cum nullius unquam gentis fuerit, hodieve sit, satis est apertum, Oceanum nulli paruisse vel *hodie parere domino*, NISI *his sui particulis quæ orbem terrarum adluunt et propter continentem in dominio sunt* (1). Par contre il est, au moins, une partie de la haute mer, sur laquelle les Etats riverains peuvent, comme sur le territoire, prétendre un droit, à ceci près que cette souveraineté, au lieu d'avoir toute l'ampleur de celle exercée à l'intérieur des frontières terrestres, est, dans un but de défense, de commerce et de navigation, réduite à des attributions de police et de surveillance, et en soi limitée par le double intérêt public de l'Etat lui-même, et des navigateurs de la communauté internationale : c'est la *mer territoriale*, pour laquelle on concevrait assez aisément la même nature de *res communis* que pour la mer proprement dite (2), mais dont, à la vérité,

(1) Ch. VII [*An qua maria pareant Belgis federatis? in vasto Oceano nihil cuiquam esse juris nisi propter continentem*], p. 111.

(2) L'idée a été soutenue, en effet, qu'il n'y a « point de mer territoriale dans le régime physique des mers », point de droit pour l'Etat côtier « d'exercer l'empire sur elle dans le régime juridique de la souveraineté » ; point de formule exacte en la matière en dehors de celle qui attribuerait à cet Etat de simples servitudes côtières, destinées à garantir ses intérêts, sans porter atteinte à la communauté de la mer. Les titres de cette opinion spécieuse ne sont point à discuter ici, où il est opportun simplement de noter combien, très heureusement à mon sens, M. DE LAPRADELLE, *ibid.*, p. 270, a montré que l'idée de mer territoriale « construite, contrairement à la nature, sur la base d'une tradition condamnée », est un succédané et une survivance du système de Selden, — la politique du *Mare clausum* n'ayant guère revendiqué que les eaux côtières, sauf à leur donner une étendue excessive, et les partisans du *Mare liberum*, au lieu de discuter en elle-même la possibilité d'une mer territoriale, s'étant contentés de limiter celle-ci, pour simplifier leur tâche.

l'existence et le caractère fermé sont traditionnellement acceptés, le seul point disputé étant celui de sa limitation. Ce qui s'aperçoit au travers de formules comme celle-ci (1) : *Existimem...* eo usque possessionem maris proximi videri porrigendam, quousque continenti potest haberi subditum ; *eo quippe modo, quamvis non perpetuo navigetur... Unde dominium maris proximi* non ultra concedimus, quam e terra illa imperari potest, et tamen eo usque ; *nulla siquidem sit ratio, cur mare quod in alicujus imperio est et potestate, minus ejusdem esse dicamus quam fossam ejus in territorio.* On chercherait, à l'inverse, vainement, dans Bynkershoek la discussion du point de savoir si le droit de l'Etat sur la mer territoriale est, comme sur le territoire continental, de propriété ou bien (sauf en ce qui concerne la pêche) de souveraineté, impliquant simplement, à ce titre, un droit de réglementation et de justice, faute par la mer, quelle qu'elle soit, d'être appropriable ; on y trouve uniquement, comme base du système, l'idée que l'instrument générateur de souveraineté est le canon des côtes et que l'autorité dépend des armes, comme si celles-ci étaient « des vrayes marques de souveraineté » : *potestatem terræ extendi quousque tormenta exploduntur, eatenus quippe cum imperare, tum possidere videmur* ;.. *alioquin generaliter dicendum esset*, potestatem terræ finiri, ubi finitur armorum vis (2). La notion de souveraineté s'est théoriquement dépouillée de son caractère de pouvoir matériel et de fait ; la portée des armements est aujourd'hui amplifiée et même exagérée ; il reste du moins que la doctrine, dont Bynkershoek reprit les données et perfectionna la formule, s'est maintenue, à savoir que l'Etat est « souverain des eaux côtières par la puissance des armes et la vertu du canon ».

(1) et (2) Ch. II [*Mare terræ proximum an et qua ratione occupari et dominio teneri possit*], éd. Vicat, t. II, p. 103-104.

*
* *

Le *De foro legatorum* fut un ouvrage de circonstance (1) dont Barbeyrac dit qu' « il est le seul avantage qui soit revenu au public à l'occasion d'un négoce, le plus ruineux qui ait jamais été inventé » (2). Sa portée doctrinale est demeurée cependant très grande ; dès lors pour comprendre cette autorité persistante, il n'est peut-être point mauvais de caractériser, très rapidement, les idées qui avaient cours lors de son apparition.

Etant mises à part les questions de préséance, qui très anciennement provoquèrent de fréquents conflits et de multiples dissertations, deux points étaient particulièrement agités : l'inviolabilité et l'indépendance des ministres publics. L'inviolabilité fut, il semble, de tous temps, admise : glossateurs du droit romain et écrivains du droit canonique développèrent, les uns et les autres, cette maxime fondamentale que les envoyés des princes doivent pouvoir cheminer en toute sécurité et sont, le cas échéant, exempts de représailles ; et la pratique se conformait à la théorie, si bien que l'inviolabilité de l'envoyé ennemi était même reconnue dans les guerres contre les infidèles (3). Il en est tout autrement de la question de l'indépendance des ambassadeurs : longtemps

(1) V. *supra*, p. 387.

(2) V. sur cet ouvrage Nys, *Les origines du droit international* (1894), p. 330-334 [fragm. du chapitre *La diplomatie et les ambassades permanentes*].

(3) V. Leseur, *op. cit.*, et ce passage très curieux de l'*Histoire de saint Louis*, ch. LXXI, par Joinville, « Or est tex la coustume entre les Chrestiens et les Sarrazins que quand li roys ou li soudans meurt, cil qui sont en messagerie, soit en paœnnime ou en chrestientei, sont prisonniers et esclaves ; et pour ce que li soudans qui avoit donné la surtei au patriarche fu mors, li diz patriarches fu prisonnier aussi comme nous fumes » ; ce qui fait dire à M. Nys, *op. cit.*, p. 340, que l'inviolabilité des ambassadeurs entre musulmans et chrétiens ne reposait pas, au XIIIe siècle, sur un principe de droit, mais seulement sur la parole donnée.

ramenée à celle de l'exemption des juridictions civile et criminelle, elle laissa place, longtemps aussi, à des controverses. Pas mal d'auteurs avaient, d'abord, accueilli une opinion, contraire à tout principe d'immunité, qui semblait avoir pour elle l'autorité des jurisconsultes latins; mais, d'évidence, l'application de la législation ancienne était, en l'espèce, mal venue : les *legati* du droit romain différaient complètement des ambassadeurs modernes, en ce que, à l'ordinaire des choses, ils étaient simplement députés par des provinces ou des villes de l'empire aux fins d'entretenir l'empereur d'une question spéciale à la province ou à la ville; ce que remarque bien Bynkershoek, en critiquant les anciennes et trop rapides assimilations (1) : *si legamus fragmenta veterum ictorum, si rescripta imperatorum, quæ exstant sub utroque titulo Pand. et Cod.* de legationibus, *mox largiemur, quicquid ibi traditur, non esse exaudiandum nisi de legatis provincialibus et municipalibus, si unam forte l. ult. ff.* de legation. *excipias, quæ est de legato hostium. Et Cujacius et Mornacius et alii quam plurimi totiens id observarunt, ut miser eam rem non observatam, fraudi fuisse quinque magni nominis ictis, qui anno* 1571, *in Anglia sententiam rogati, ex jure romano responderunt de judicio Johannis Leslæi, episcopi Kossensis qui legatus erat Mariæ, Reginæ Scotiæ, et in Anglia res novas moliebatur.* — une idée et une fiction avaient été, en effet, communément accueillies, celles de la représentation du monarque par l'ambassadeur et de l'exterritorialité du ministre public. Idée et fiction qui contribuèrent à faire donner aux privilèges des ambassadeurs et ministres publics une grande exagération, vraisemblablement justifiable, au point de vue historique, par la raison que l'imperfection des autorités locales nécessitait une forte protection contre les désordres populaires ou les caprices royaux (2). L'indépendance né-

(1) Ch. VI, éd. Vicat, t. II, p. 130; trad. Barbeyrac, § 9, p. 69.

(2) PRADIER-FODÉRÉ, *Cours de droit diplomatique*, t. I, p. 272,

cessaire des agents diplomatiques était ainsi traditionnellement expliquée avec la supposition que ceux-ci habitent toujours dans le pays d'où ils vinrent, c'est-à-dire hors du territoire de la nation où ils ont été envoyés et résident matériellement. C'est, aussi bien, une conception toute moderne que l'immunité des fonctionnaires officiellement attachés à une ambassade ou à une légation n'est point une question territoriale, de politique ou d'administration intérieure, mais, bien au contraire, trouve son principal fondement dans les devoirs internationaux de courtoisie, étant donné que, derrière la personnalité de tout agent diplomatique, apparaît, pour l'absorber, celle de l'Etat indépendant qu'il représente, vis-à-vis duquel le droit de commandement n'existe pas, et contre lequel, par suite, il n'est pas d'action possible (1). Ce fut donc sur la seule notion d'exterritorialité, — notion souvent dérisoire et toujours inutile, propre à toutes les arguties et impuissante à jamais fonder un droit, — que se trouve établie, touchant le droit des ambassades, la littérature que Bynkershoek devait heureusement renouveler et presque épuiser.

A vrai dire, celle-ci, (2) pour une partie, n'avait point grand caractère scientifique, et l'on pourrait, semble-t-il, à la simple lecture d'analyses, penser d'elle, sans erreur, ce qui est dit dans le *De foro legatorum*, d'un ouvrage de Paschal en particulier, qu'il a plus d'érudition fastueuse et de mots sonores que de jugement et d'exactitude à raisonner (*major eruditionis apparatus, et pompa verborum, quam apposita ad rem disputatio, et judicii bene subacti pondus*). Ses meilleures œuvres n'étaient, au plus favorable,

et Rolin-Jaequemyns, *Consultation dans l'affaire Arnim*, p. 123.

(1) J'ai développé cette idée, dans une *Chronique* sur la condition internationale des attachés militaires, *Rev. gén. de droit intern. public*, t. VIII (1901), p. 493-494. — V. sur la « mutuelle courtoisie » entre nations, Pillet, *Le droit internat. public, ses éléments constitutifs...* (Paris, 1894), p. 13.

(2) V. sur cette littérature, plus ou moins systématique, relative

ni très complètes, ni très précises. Sans doute il serait inexact d'affirmer d'une manière trop absolue que cette question fût la seule examinée ; il semble du moins, en tout cas, que les écrivains les plus complets sur la condition des ambassadeurs, Albericus Gentilis ou François Hotman par exemple, étaient surtout préoccupés de l'hypothèse, et des théories proposées pour la résoudre, où l'ambassadeur conspirerait contre le souverain auprès duquel il était accrédité ; au surplus, cette préoccupation n'est guère pour étonner, si l'on songe aux cas, demeurés célèbres, de la condamnation, du chef de conspiration, de Lesley, ambassadeur ordinaire de Marie Stuart auprès d'Elisabeth d'Angleterre, ou encore de la procédure entamée contre Marie Stuart sur l'avis du fameux juge Dale, ou enfin de l'exécution de l'ambassadeur de Philippe II, Mendoza, accusé d'avoir conspiré contre la reine Elisabeth (1) ; mais, évi-

au droit d'ambassade, les détails donnés par M. Nys, *loc. cit.*, p. 345-361. Pour la plupart de ces écrits, on serait tenté de rappeler ce que dit Rivier pour qualifier les doctrines du *Prince* de Machiavel. Quant à ceux dont on pourrait retenir quelque chose, le mieux qu'il y ait à en dire, c'est que, comme Villadiego, Gentilis lui-même, et les juristes anglais, qui, du XIIIe au XVe siècle, composèrent les cours de chancellerie ou de l'amirauté et les tribunaux des Universités, ils se bornèrent à étendre l'application du droit romain aux questions politiques modernes, de telle manière que leurs écrits et leurs argumentations furent, le plus souvent, autant d'extraits des glossateurs et des commentateurs. [V. sur le crédit accordé ainsi au droit romain certains détails curieux dans Phillimore, *Commentaries upon international law*, 1re édit., préface, p. 58 et s.]. — Hors de là, il est intéressant de le noter, on trouve parfois, comme dans l'*Ordre, formalité et instruction judiciaire...* de Pierre Ayrault (1576), la double idée, théorique et pratique, [liv. I, part. IV, n° 12, p. 72 et s.] que l'ambassadeur ne peut être puni, en droit, parce qu'il représente la personne du prince « qui est sacrée », et, en fait, parce que ne point tenir l'ambassadeur pour inviolable serait ouvrir la porte à toute espèce d'abus, vu la facilité de se procurer contre lui des témoins et de disposer des juges.

(1) V. sur ces cas Walker, *A history of the law of nations* (1899), t. I, § 98, p. 176-180.

demment aussi, il n'était point suffisant de savoir si l'ambassadeur d'un prince, ou le prince lui-même, peut être incarcéré ou mis à mort, lorsqu'il conspire dans un autre Etat contre le souverain ou les destinées politiques de cet Etat. Or, les quelques écrits, plus généraux dans leur titre et leur substance, n'avaient, en réalité, guère de précision : apparemment Grotius avait plus effleuré la question qu'il ne l'avait traitée, en se référant au consentement tacite des nations, et Wicquefort, en dépit de sa prétention d'avoir « réduit tout (son) discours à des maximes où il se trouvera quelque chose de fort approchant d'une infaillibilité morale (1) », n'avait réussi, suivant la sévère et exacte appréciation de Wheaton, qu'à donner une « collection d'exemples historiques ou d'anecdotes plus ou moins applicables au sujet et rassemblés sans méthode, sans que les principes qui doivent guider leur application à des cas analogues y aient reçu un développement suffisant » (2). Il était réservé à Bynkershoek de traiter dans toute son ampleur (3) et juridiquement (4) la question. Il la pose ainsi : étant donné que toute juridiction civile est fondée sur la sujétion de la personne ou de la chose (5) au souverain du lieu, et que,

(1) Préface de *L'ambassadeur et ses fonctions* (Cologne, 1679).

(2) Wheaton, *op. cit.*, p. 290.

(3) Réserve faite d'un assez long développement sur le privilège de juridiction reconnu aux cardinaux par le droit canonique [ch. xii], il n'est guère possible de relever des digressions dans le *De foro legatorum*.

(4) La distinction est, incidemment [ch. xxiv, éd. Vicat, t. II, p. 156 ; trad. Barbeyrac, § 3, p. 284], marquée, d'une manière très nette, de la *politique* et du *droit*, tandis que le mode ordinaire de raisonnement de Bynkershoek est révélé par ces mots : *Quod iterum prudentiæ politicæ est, cujus causam a jure gentium semper distinguendam esse reor.*

(5) ...*Nam ut juris civilis decretum est, extra territorium jus dicendi impune non pareri, ita* juris gentium vox, impera, sed in subditos. *Pendet ea res a sola subjectione, et absque ea si sit, irrita est omnis jurisdictio, et irrita, quæ eam precedit, in jus vocatio... Cur bona detinemus, nisi quod subsint imperio ejus, qui, injecta manu, detinere ju-*

par suite, la compétence des tribunaux dépend du domicile quant à la personne et de la *lex rei sitæ* quant aux biens, comment doivent être régis la personne et les biens d'un ambassadeur? peut-il y avoir arrestation, ou saisie par autorité de la loi du pays auprès duquel l'agent diplomatique (1) est accrédité? En est-il de celui-ci comme de son souverain, dont la personne, sinon les biens (2), doivent être plutôt déclarés à l'abri de tous actes coercitifs de la juridiction locale?

Bynkershoek admet, pour les ministres publics, cette immunité (3), qu'il n'explique point d'ailleurs par les rai-

bet...? cur ea detentio jurisdictionem tribuit, nisi quod judex bona rei, a se damnati, possit executioni dare? [Ch. II, éd. Vicat, t. II, p. 124; trad. Barbeyrac, §§ 2, 3, p. 9, 13].

(1) Peu importe la qualification (ambassadeur, envoyé, résident...). Bynkershoek critique à cet égard [ch. XIII, éd. Vicat, p. 139; trad. Barbeyrac, § 1, p. 139] la jurisprudence de la Cour de Hollande qui, en plusieurs circonstances, réserva les privilèges du droit des gens aux ministres du premier ordre; il la désapprouve également, avec les raisons convenables [ch. X, éd. Vicat, t. II, p. 136; trad. Barbeyrac, § 6, p. 113], d'avoir accordé ces mêmes privilèges aux consuls, « lesquels ne sont autre chose que des protecteurs quelquefois juges des marchands de leur nation »; il ne paraît pas, au contraire, avoir (*ibid.*) bien compris les raisons du traitement différent stipulé par les puissances chrétiennes, au profit de leurs consuls, dans leurs relations avec la Sublime Porte et les Etats barbaresques.

(2) Ch. III, *passim : Nihil igitur in hoc argumento* [action contre la personne du souverain étranger] *proficies rebus similiter a gentibus judicatis, atque ita sola superest ratio, quam consulamus. Et hac consulta ego non ausim plus juris tribuere in principem non subditum quam in legatum non subditum... Quare ut extremum est in legato, ut* jubeatur imperio excedere, *sic et in principe statuerem, si jus hospitii violet. Sed nec sine cautionibus ea res transigenda est* (éd. Vicat, p. 126; trad. Barbeyrac, § XVII, p. 36). — Ch. IV, [au sujet des biens]: *Ego adsentior Hilligero... cum ait ratione rei etiamsi, qui possidet, honore superior sit,* inferioris juridictionem *subit, eoque respectu subditum quem tradunt,* etsi regia dignitate emineat... (éd. Vicat, t. II, p. 122; trad. Barbeyrac, § 3, p. 41. — V. *ibid.* des exemples en ce sens tirés de la jurisprudence des Etats-Généraux et du Haut Conseil de Hollande).

(3) Sur l'explication d'hypothèses dans lesquelles la Cour de Hol-

sons de Grotius et de Wicquefort. Il repousse le prétendu caractère sacré des ambassadeurs, tout à la fois par ce motif historique que les personnes sacrées à Rome, prêtres, vierges vestales et tribuns du peuple, pouvaient être appelées en justice, et par cette raison juridique que, quelque sacrée que soit une personne, l'on ne porte aucune atteinte à son inviolabilité en usant contre elle des voies judiciaires. (*Sanctitas personæ neminem exemit unquam jurisdictione magistratus, cui subditus est is de quo agitur*). Ce sont, à ses yeux, avant tout, des raisons pratiques qui légitimement l'immunité des ambassadeurs, dont, à vrai dire, en une appréciation vraisemblablement sévère de la diplomatie de son temps, il paraît réduire à peu le rôle et les procédés : à l'en croire, « ceux qui résident pendant longtemps dans une cour étrangère, comme font aujourd'hui la plupart, n'ont presque rien à faire et ne passent guères leur tems qu'en festins, spectacles ou autres sortes de divertissemens, se contentant d'écrire quelquefois à leur prince, pour leur apprendre qu'ils sont encore en vie, et qu'ils pensent à lui quelquefois » (Ch. VII, trad. Barbeyrac, § 11, p. 76 et p. 131) ; et, s'agissant de « procurer, autant qu'il leur est possible, l'avantage de leur prince, ils ne peuvent souvent y réussir, qu'en se faisant un parti, ou à force d'intrigues et de sollicitations, ou à force d'argent, parmi les grands de l'Etat où ils sont en ambassade ; en tâchant de découvrir les secrets du gouvernement, à la faveur, par exemple, des secrétaires qu'ils corrompent ; en excitant ou fomentant des inimitiés et des factions ; en emploiant le vin, l'amour, la faveur et autres moiens déshonnêtes pour ménager les affaires dont ils sont chargés » (*ibid.*, trad. Barbeyrac, § 5, p. 79 ; p. 132). Il n'empêche que les privilèges des ambassadeurs furent rarement plus défendus et élargis que

lande prétendit, en 1670, avoir « juridiction dessus les ambassadeurs des princes étrangers », ch. v, *in fine*, éd. Vicat, p. 129 ; trad. Barbeyrac, § 8, p. 55.

dans le *Juge compétent des ambassadeurs : Cavendum* ne qua mora, neve aliud impedimentum *objiciatur legato, quominus mandata, in rem principis sui, commodum exsequi possit : sed, cum* non contineatur mandatis, ut ipse in rem suam contrahat, multo minus ut delinquat, *an sine offensa principis non subjiciemus legatum jurisdictioni ejus, apud quem vel contraxit, vel deliquit* (1)... *Non aliam ob causam* potestati ejus, ad quem missi sunt, legati obnoxii non sunt, *quam ne, dum officio funguntur conditionem mutent, et alteri, dum alterius, et fere adversarii, vicem repræsentant, subjiciantur* (2). Ainsi l'explication moderne, dont tout à l'heure je définissais le sens, est à peine ébauchée, étant admis même qu'elle ait été entrevue : les nécessités politiques (3), affirmées et répétées en maints endroits, et le privilège qui en est déduit apparaîtraient bien plus exactement comme l'intégrale traduction de l'antique fiction d'exterritorialité, suivant laquelle « par le consentement et tacite et exprès des peuples, celui qui est absent pour cause d'ambassade n'est point censé avoir changé de domicile (4) ». Au surplus, le principe et les raisons de cette fiction sont poussées, avec un grand esprit de logique, jusqu'à leurs dernières conséquences, notamment jusqu'à celle-ci (5),

(1) Ch. VII, éd. Vicat, p. 131 ; trad. Barbeyrac, § 2, p. 75.

(2) Ch. VIII, éd. Vicat, p. 133 ; trad. Barbeyrac, § 2, p. 89. — Comp., ch. XVI, éd. Vicat, p. 142 ; trad. Barbeyrac, § 1, p. 167.

(3) Sur cette autre considération pratique que « les sujets de l'Etat [de résidence] doivent, ou ne point contracter du tout avec un ambassadeur étranger, ou prendre bien leurs précautions », V. ch. VII, éd. Vicat, p. 132 ; trad. Barbeyrac, § 6, p. 81.

(4) V. notamment, ch. V, éd. Vicat, p. 128 ; trad. Barbeyrac, § 4, p. 50 ; — ch. X, éd. Vicat, p. 135 ; trad. Barbeyrac, § 3, p. 110, et ch. XVI, éd. Vicat, p. 144 ; trad. Barbeyrac, § 6, p. 172.

(5) Ch. X, éd. Vicat, p. 135 ; trad. Barbeyrac, § 3, p. 109. — *Et quidem si legatus etiam domicilium retinuerit apud principem suum, quid* judicium ad ædes denunciari, *et dies diei possit, non est ambigendum. Si non retinuerit, in jus vocabitur, ut solent absentes,* per edictum et missa quæ diem dicit epistola. [Rapp. sur la *clause de mandement*, ch. XVI,

que le ministre étranger, conservant fictivement son domicile d'origine, doit être poursuivi devant le tribunal national compétent et que devant cette juridiction il serait mal fondé à alléguer, au titre d'exception dilatoire, et pour le plus grand dommage des demandeurs au procès, son absence dans le service de l'Etat ; solution en soit logique et équitable que Bynkershoek abandonne seulement au cas d'une dispense spéciale, accordée à l'agent diplomatique par son gouvernement, du genre de celle octroyée, en 1643, par les Etats Généraux de Hollande, à leur ambassadeur en Angleterre.

Le privilège étant ainsi fondé et expliqué par à l'aide des raisons traditionnelles mieux définies, ses effets sont copieusement examinés dans de nombreux chapitres, avec une méthode suffisante, par rapport à la personne et aux biens des princes étrangers, d'une part, et de leurs ambassadeurs, d'autre part. En fait, lorsque parut le *De foro legatorum*, plusieurs souverains avaient été arrêtés et punis pour des crimes commis dans des Etats tiers : Marie Stuart avait subi les rigueurs d'Elisabeth ; Conradin, le dernier représentant des Hohenstaufen, avait été décapité, à Naples, par ordre de Charles d'Anjou, et Robert, roi de Naples, condamné à Pise, par l'Empereur Henri VII, en une sentence peu après cassée par le pape, motif pris de ce que son auteur n'était point, pour la prononcer, dans la limite de ses Etats. De telles procédures paraissent à Bynkershoek avoir procédé de raisons politiques plus que de droit strict, tout comme certaine saisie momentanée, pratiquée en 1668, de vaisseaux de guerre appartenant au roi d'Espagne pour le paiement de dettes contractées par lui envers des Hollandais (1). —

éd. Vicat, p. 145 ; trad. Barbeyrac, § 19, p. 187]. — Il y a lieu de remarquer, dans ce même ordre d'idées, que Bynkershoek étend l'exemption de toute contrainte, dont doivent bénéficier les ambassadeurs jusqu'à l'ajournement en justice (ch. IX, éd. Vicat, p. 135 ; trad. Barbeyrac, § 9, p. 107).

(1) V. ch. III (*Princeps in alterius imperio quo jure censeatur, quod ad forum competens*) et IV (*Principis bona in alterius imperio, an per arrestum forum tribuant*).

S'agissant non plus des princes, mais des ambassadeurs, le grand romaniste qu'il était s'affranchit, comme je l'ai dit (*suprà* p. 390) préjugé, alors courant, qui regardait le droit romain comme un code universel ; aussi, dans cette matière peu fixée par la doctrine d'alors et une jurisprudence très vacillante par le fait même de la succession de juges toujours changeants, ce fut surtout par la « considération de l'usage des nations » qu'il fixa l'étendue du privilège d'exterritorialité, uniformément, pour les ministres, leur famille, leur suite et leurs domestiques (1), et qu'il la fixa successivement quant à la juridiction criminelle et par rapport aux affaires civiles.

En ce qui regarde la juridiction criminelle, son attention avait été attirée par le cas de don Pantaléon Sa, frère de l'ambassadeur portugais à Londres, qui, au temps de la République en Angleterre, avait été jugé et exécuté pour crime de meurtre (2). Les résultats de son étude, dogma-

(1) Sur les « gens de la *suite* des ambassadeurs », v. le ch. xv tout entier : il est consacré aux détails de l'immunité généralement reconnue [*Omnes legatorum homines paris sunt, cujus legati, conditionis, tam quod* ad leges, *quam quod* ad forum, *exempti imperio ejus apud quem degunt*], partant à la discussion d'un placard de la Cour de Hollande, du 25 octobre 1544, portant que « si quelqu'un se plaint d'avoir reçu quelque injure des domestiques de l'ambassadeur, qu'il les fasse appeler pardevant la Cour ». — La question y est aussi agitée de savoir à qui, du souverain national ou de l'ambassadeur lui-même, appartient la juridiction sur ces domestiques : *ipse putem ubi de familia legati agitur, id non pendere concessione ejus, apud quam agit legatus, sed ejus qui misit, qui* legatus ejusque familia non sunt ejus apud quem agunt, subditi, sed ejus qui misit : *is igitur est, et si solus qui in eos jurisdictionem dare potest.* Il est également dit, sur ce droit de punir, dont les ambassadeurs usèrent assez souvent [Wicquefort, *op. cit.*, liv. I, sect. 28, p. 886-890 ; — Hotman, *Traité de l'ambassadeur*, 2e éd., Paris, 1604, ch. iii, p. 71 et sv.] : *Ipse legatus modice suos castigabit, si res majorem animadversionem desisteret, vel dedet magistratui non suo, vel, si ita videatur, vinctos remittet ad magistratuum suum* [ch. xx, éd. Vicat, t. II, p. 151 ; trad. Barbeyrac, § 4, p. 240].

(2) Ch. xvii [*Si legatus deliquerit, ubi de delicto agendum est.* difficulter *et* sola ratione *expediri posse...*] ; xviii [*De* moribus gentium *quod*

tique et surtout historique, se trouvent dans trois chapitres, dont les conclusions sont peut-être plus nettes dans le détail que dans l'ensemble : d'une manière générale, il semble admettre que les actes de violence d'un ambassadeur, dirigés contre l'Etat ou des ressortissants de l'Etat de résidence, peuvent être, justement, repoussés par la force suivant le principe de légitime défense ; mais, sur le point, plus spécial, de savoir où, dans des cas ordinaires, doit être jugé l'ambassadeur accusé d'un fait criminel, il déclare se référer au sentiment des hommes sages, aux conjectures et surtout aux jugements des nations ; or, comme il trouve les occasions, dans lesquelles le respect de l'inviolabilité des ministres publics laissa sans répression les crimes par eux commis, plus nombreuses que celles où la violence l'emporta, il regarde l'immunité dont s'agit comme consacrée par la pratique des nations ; il tient dès lors chaque exemple contraire pour un cas de juridiction usurpée, impuissant, de ce chef, à préjuger la question de droit ; et, en fin de compte, il souscrit implicitement à la règle de Grotius, balançant entre les deux intérêts sociaux, de la nécessité de châtier les crimes, et du respect, avantageux au maintien des relations internationales pacifiques, des immunités des ambassadeurs. Le principe serait donc, d'après lui, qu'un ambassadeur ne peut être jugé et puni dans l'Etat où il est accrédité, réserve faite toutefois des hypothèses de crimes atroces ou attentatoires à la sûreté de cet Etat (1), pour lesquelles la coutume avait, aux XVIIe et XVIIIe siècles (2), admis des voies

ad forum legatorum in criminibus] ; XIX [*Rursus* de exemplis, ex usu gentium, *et quæ contra dici possint*].

(1) Ch. XXIV, éd. Vicat, p. 158 ; trad. Barbeyrac, § 17, p. 300 : *Non intercedo*, si aliter res salva esse nequeat, salus populi, *salus* principis, *suprema lex esto. Sed fere semper res aliter salva esse potest, si non manu agat legatus, et tumultuarie cœde succumbat*. Expulsio vel custodia legati *alioquin suffecerit ut salute nostræ consulamus*.

(2) Les faits par lesquels s'affirma cette coutume sont bien connus : Henri IV, dont les auteurs anciens vantent communément le sens et le respect du droit des gens, fit, en 1605, arrêter et interro-

spéciales, arrestation, interrogatoire et expulsion. *Ex his solis, quantum sufficit ad probandum consensum, atque adeo jus gentium, opinor effici, posse legatum* ex nullo delicto, in loco legationis *accusari vel puniri oportere, sed rem esse transigendam his cautionibus quas Grotius præscribit...* Nisi quod in gravioribus delictis *solam expulsionem legati præferamus, et, dum exspectamus exempla gentium... credamus etiam rationes, quæ hanc sententiam suadent, esse æquiores meliores* (1). Mais ce pourrait bien n'être point la seule réserve, ainsi qu'il paraît résulter de la discussion spéciale d'un fait attribué par les chroniques, avec plus ou moins d'exactitude, à Philippe II d'Espagne : d'après Antoine de Vera (2), ce prince aurait, à Madrid, violé le droit d'asile de l'ambassadeur de Venise, pour se saisir de quelques criminels réfugiés dans l'hôtel ; après quoi il aurait notifié à tous les rois chrétiens la volonté que ses ministres, s'ils venaient à commettre quelque crime dans le lieu de leur résidence, fussent « censés déchus de leurs privilèges, et jugés selon les lois de l'Etat où ils se trouveraient » ; examinant la portée de ce précédent, Bynkershoek n'hésite pas à déclarer toute prétention de ce genre admissible, par

ger le secrétaire de l'ambassade d'Espagne, impliqué dans un complot tendant à livrer la ville et le port de Marseille aux Espagnols [WALKER, *A history of the law of nations*, t. I, p. 179] ; — en 1716, le ministre de Suède en Angleterre, Gyllenberg, accusé d'avoir conspiré avec le fameux Goertz contre les Stuarts, fut arrêté, dépouillé de ses papiers, renvoyé du pays et conduit sous escorte jusqu'à la frontière [MAHON, *History of England from the peace of Utrecht to the peace of Aix-la-Chapelle*, t. I, p. 389] ; le cas est plus célèbre encore de Cellamare, l'ambassadeur d'Espagne en France, pris, en 1718, en flagrant délit de conspiration contre le gouvernement du Régent duc d'Orléans [DE MARTENS, *Causes célèbres*, t. I, p. 139].

(1) Ch. XVII, éd. Vicat, t. II, p. 147 ; trad. Barbeyrac, § 10, p. 198.

(2) *Le parfait ambassadeur*, liv. I, ch. XLIII. — Le même fait est rapporté par FRÉDÉRIC DE MARSELAER, *Legatus* (Anvers, 1626), liv. II, dess. 13, p. 358. — WICQUEFORT, *L'ambassadeur et ses fonctions*, liv. I, sect. 29, p. 901, soutient cependant que, seul, Antoine de Vera le rapporte.

ce motif que, les immunités diplomatiques dépendant de leur agrément tacite, lors de la réception de l'ambassadeur étranger, il est possible d'en réglementer le bénéfice, en particulier par l'attribution de compétence à la juridiction locale.

Le fait et les modalités de l'acceptation des lettres de créance ont ainsi une importance juridique, et non point simplement formelle, que le traité *De foro legatorum* accuse, d'ailleurs, en d'autres hypothèses, eu égard notamment à un national antérieurement banni de sa patrie et y revenant en qualité de sujet et d'ambassadeur d'une puissance tierce (1) : si, en l'espèce, il y a conflit entre le droit et l'équité, la solution en doit être que l'Etat intéressé a le droit de ne pas recevoir l'agent proposé, mais que, l'ayant reçu, il ne saurait plus rechercher contre lui la sanction des anciens faits (2). Bref,

(1) Après Grotius surtout, Bynkershoek admet pour les ressortissants d'un pays le droit de changer de domicile *bona fide* et, sous la même condition, celui de se faire naturaliser sujet d'une autre puissance ; il note que la théorie de l'*allégeance perpétuelle* n'avait, de son temps, cours, communément qu'auprès des gouvernements despotiques, en Russie et en Chine, et extraordinairement en France que depuis la révocation de l'Edit de Nantes et le début de la persécution des protestants : *Ludovicus quoque XIV Franciæ rex edicto* 13 Aug. 1669 *capitis bonorumque pœnam statuit, si quis Francus, venia ab ipso non impetrata, Franciam relinqueret animo non revertendi ; antę eum annum ibi licuit, et* ubique licet, ubi civitas carcer non est [*Quæst. jur. publ.*, liv. I, ch. XXII, éd. Vicat, t. II, p. 202].

(2) Ch. XXII, éd. Vicat, p. 153 ; trad. Barbeyrac, § 2, p. 258 : *Recte exul non accedere, et, si jam accesserit, finibus nostris excedere jubebitur, et, excesserit, injectam anu educetur. Ut plectatur tamen*, humanitas et *nisi* bona fides, *quæ presertim inter gentes exuberantior desideratur, vix admittunt. Etiam ideo, quod ea res videatur dubia, et in dubio contra non subditum, qui ex mandato venit, quamvis contra mandatum nostrum nihil atrocius statuendum. Neque tamen vetandus quisquam jure suo uti, si velit, summo, nam* interdictio nostra principis sui mandatum præcessit, et alius princeps suo mondato sententiam nostram nequit rescindere. — Ainsi, en 1697, lorsque le comte de Portland fut envoyé par Guillaume III d'Angleterre à Louis XIV, la Cour de France fut sollicitée de recevoir, dans la suite de l'ambassadeur, un certain nombre de réfugiés français.

Bynkershoek donne la plus grande portée à l'idée d'inviolabilité ; ce qui s'aperçoit aussi lorsqu'il déclare impossible contre les ministres des puissances tierces toutes mesures de représailles ou de rétorsion (1) ; ou lorsqu'il définit, autant qu'il était possible à son époque, le sens et l'étendue du droit d'asile. Sur ce dernier point, à vrai dire, on ne trouve point chez lui une doctrine très poussée ; mais la chose n'a rien de surprenant : les auteurs modernes eux-mêmes, lorsqu'il s'agit d'expliquer le droit d'asile exercé encore à l'heure actuelle par les consuls d'Extrême-Orient au profit de ceux qui se réfugient dans leur demeure, ne sont point d'accord sur le point de savoir s'il faut expliquer cet état de droit à l'aide de la fameuse fiction d'exterritorialité, ou mieux par cette raison que, les consuls étant, dans les lieux en question, non seulement les représentants de la souveraineté externe, mais encore les agents effectifs et diplomatiquement agréés de la souveraineté interne de leur gouvernement, ils ne doivent souffrir aucun acte de contrainte des autorités locales. Toujours est-il que Bynkershoek comprenait parfaitement ce principe, auquel la littérature moderne n'a rien retranché, que la franchise de l'hôtel est le complément logique et indispensable de l'inviolabilité personnelle des agents diplomatiques ; mais il était, d'autre part, en raison, fort enclin à entendre cette idée dans ce sens restreint que l'hôtel doit être inviolable seulement dans la mesure

(1) Ch. XXII, éd. Vicat, p. 154 ; trad. Barbeyrac, § 4, p. 263 : *Quod ratione, quod* usu et humanitate *nititur, et ita apud plerasque gentes, receptum est, ut pro jure gentium observemus, placuit. Legatos repressaliarum esse immunes omnis ævi ratio, omnium populorum usus probavit, sed quemadmodum id obtinuit, ita et obtinuit* exceptio, nisi scilicet injuriam, legato nostro antea factam, *vindicemus*... Et plus loin (éd Vicat, p. 155 ; trad. Barbeyrac, § 6, p. 268) : *Perpetui legati qui fere explorandi causa habentur, rationem si spectes, non meliore, quam quilibet alii, fato comprehendi videbantur posse, sed tamen* humanius *est, ut contra dicamus, et* iis etiam adversus jus belli privilegium *tribuamus.* — C'était la solution du droit romain, l. XVII, Pomponius, *D., de legation.*, liv. L, tit. 17, que Bynkershoek parait, par extraordinaire, avoir fort mal comprise (V. Barbeyrac, sur le § 6 du ch. XXII, note 2, p. 267).

où l'est la personne elle-même du ministre qui l'habite (1) ; ce qui l'amenait à déclarer en principe « monstrueuse » la prétention, parfois émise, de convertir en lieu d'asile pour des criminels une ambassade et, à l'occasion, tout un quartier d'une ville (2) : *Sane, si ex ratione agamus, dubito an quicquam magis fatuum excogitari possit, quam jus asyli legatorum ædibus tribuere ; pauca sunt adeo absurda, ut non aliqua saltem ratione nitantur, hoc autem qua nitetur ?... At punire nequit, quia ipse et qui eum misit, apud nos jurisdictionem non habent, utique ut inter omnes constat, non in subditos nostros, qui apud nos delinquunt : si dimittat, exuit nos jurisdictione nostra in subditos nostros* in re, quæ nec ad legatum, nec ad legationem quicquam pertinet, *et cui se importune immiscet.* Cependant il demeure fidèle à son ordinaire méthode de ne rien dire qui ne se modèle sur les errements de la pratique : tout autant que l'abolition ou le refus n'en sont point expressément décrétés (comme il arriva, au XVIIe siècle, en Espagne et aux Pays-Bas (3)), il tolère l'usage de l'exil, et il fait, pour la dispense de la loi pénale (4), sortir tout son

(1) V. sur ce développement naturel de l'idée première, POLITIS, Chronique dans la *Revue gén. du dr. intern. public*, t. III (1896), p. 694.

(2) Sur la fameuse contestation qui s'éleva à ce sujet entre Louis XIV et le pape Innocent IX, en 1687, V. ch. XXI, éd. Vicat, p. 152 ; trad. Barbeyrac, § 5, p. 152, et une dissertation spéciale de THOMASIUS, *De jure asyli legatorum ædibus competente.*

(3) Le droit d'asile dans les hôtels des ambassades fut aboli à Madrid en 1684 ; il l'avait été déjà aux Pays-Bas, par une ordonnance des Etats-Généraux, en date du 25 juin 1663, portant « que les hôtels ou logis des résidens, en cette ville de la Haie n'étaient nullement exemps de recherche ou perquisition, au cas qu'il s'y trouvât des gens que l'on voulût arrêter ou saisir, sur des fondements légitimes, et de la part de la souveraineté ou de la justice » [*Mercure hollandais*, sur les années 1663, p. 78, et 1684, p. 277-279].

(4) V. sur les procédés curieux (criée publique) habilement imaginés parfois pour sanctionner par le fait la conduite d'ambassadeurs en droit inviolables : ch. XIX, éd. Vicat, t. II, p. 150 ; trad. Barbey-

effet à la fiction d'exterritorialité, qu'il invoque aussi pour fonder l'exemption des lois civiles du pays de résidence.

En ce qui regarde la juridiction civile, en effet, il admet, après Grotius, que celui qui a une réclamation à former contre un ambassadeur doit poursuivre celui-ci exactement comme si ce ministre n'était pas effectivement sur le territoire de l'Etat auprès duquel il est accrédité. Aussi le seul moyen qu'il aperçoive pour les puissances d'empêcher, à l'encontre de leurs ressortissants, l'application de cette règle serait de recevoir les agents diplomatiques sous la condition expresse de leur soumission à la juridiction locale ; l'exception serait ainsi la confirmation la plus formelle qui pût être du principe de compétence, justifié dans l'ouvrage même [ch. VIII et IX], par de multiples références à Grotius, Huber, Mornac et Wicquefort, par un nombre non moins grand d'exemples historiques dans lesquels l'exemption avait été reconnue, et enfin par le commentaire de lois ou de dispositions, du genre d'un fameux édit des Etats Généraux du 9 septembre 1679 (1),

rac, § 4, p. 230. — Comp. en matière civile (mandements de complainte ou de sauvegarde), éd. Vicat, ch. XVI, p. 145 ; trad. Barbeyrac, § 16, p. 182. — Le droit moderne admet, on le sait, qu'un créancier a la ressource tout au moins de s'adresser au ministre des affaires étrangères de son pays, lequel pourra agir, en vertu de son droit de protection des nationaux, auprès du gouvernement dont ressortit l'agent diplomatique [V. sur ce point le 4e § d'une consultation de M. Renault, en matière d'immunités d'agents commerciaux, dans le *Journ. du dr. intern. privé*, t. XXVIII (1901), p. 143].

(1) Aux termes de cet Edit [ch. IX, trad. Barbeyrac, § 2, p. 98] « les personnes, domestiques ou effets des ambassadeurs ou ministres, venans en ce païs, y résidans ou y passans, et y contractans quelque dette, ne pourront, pour aucune telle dette qu'il y ait contractée, être arrêtez, saisis ou détenus, ni à leur arrivée, ni pendant leur séjour, ni à leur départ de ces païs : et les habitans auront à se régler là-dessus en ce qu'ils voudront contracter avec les susdits ambassadeurs et leurs domestiques ». — A son sujet, Bynkershoek discute la question, aujourd'hui sans grand intérêt, de savoir s'il fut ou non plus libéral que le droit des gens commun de Hollande quant aux prérogatives reconnues aux envoyés étrangers.

dont l'objet fut de garantir ou réglementer les privilèges des ministres publics. Bynkershoek admet cependant que l'ambassadeur, à condition d'y être expressément autorisé par son souverain, pourrait, en pareille occurrence, déclarer se soumettre aux juridictions du pays de résidence et renoncer ainsi au privilège du renvoi devant le tribunal de son lieu d'origine, compétent suivant les règles ordinaires (*supra*, p. 406-407) ; il fonde cette solution sur la règle, exprimée au Digeste [L. I. Ulpien, *de judiciis*, liv. V, tit. I], que le consentement peut conférer juridiction à un corps incompétent, et, comme pour s'excuser d'appuyer, en l'espèce, des raisons logiques par des textes romains, il ne manque pas d'ajouter que c'est faute d'avoir pu recueillir un nombre de précédents suffisants à déterminer l'usage certain des nations et à établir sur une base positive les données du raisonnement applicable à la nature et à l'objet des privilèges en question. — Hors ce cas, l'ambassadeur est et doit demeurer, « pour aucune dette qu'il ait contractée dans le païs » (1), à l'abri de toute contrainte, par rapport à sa personne et aux choses qui lui sont nécessaires, les seuls biens exceptés étant ainsi tous ceux qui « ne soient point attachez à la personne même de l'ambassadeur, et qu'il ne possède pas comme ambassadeur, en un mot, tout ce sans quoi il peut très bien exercer les fonctions de son emploi ».

A tous ces points de vue donc, encore qu'il n'ait pas employé proprement le mot exterritorialité (2), Bynkershoek admet les diverses conséquences ordinairement rattachées à

(1) *Esse id Edictum* (9 sept. 1679) *conceptum de casu magis dubio, ac certum si satis esset, pro debito, quod legatus* ante legationem *contraxit, hic conveniri vel detineri non posse* [ch. IX, éd. Vicat, p. 135 ; trad. Barbeyrac, § 8, p. 103].

(2) Ed. Vicat, p. 143 ; trad. Barbeyrac, ch. XVI, § 3, p. 169. — *Hoc tamen, ob personæ sanctitatem, temperamento, ne quid plus capiatur, quam legatus debet, et ne quid, quod ille non civiliter possidet, et, si quod captum est, quæratur, ad legati personam munusve pertineat, nec ne*, semper pro legato benignior fiat interpretatio.

cette fiction. Il les tient, ainsi que je disais précédemment d'une manière indirecte (p. 406, n. 1), pour indépendantes du rang respectif des ministres publics, tous étant, d'après lui (1), exempts de la juridiction du pays de résidence, sans égard à leurs titres, « ambassadeurs, députés extraordinaires, envoyés, résidens ou commissaires, à moins qu'il ne s'agisse d'autres qui ne sont envoyés que pour exécuter quelque commission particulière, et ne jouissent nullement du droit des ambassadeurs ». — A vrai dire, il ne donne pas à l'idée toute l'extension, dont, assez naturellement, semble-t-il, elle serait susceptible : ainsi, au sujet de la déclaration des Etats-Généraux des Provinces-Unis de septembre 1679, dispensant de toute contrainte les ambassadeurs *passant* en un pays pour les dettes y contractées, il n'est décidé à admettre l'immunité diplomatique, ni pour les agents qui traversent le pays à l'expiration de leurs fonctions, ni pour les ministres qui, non accrédités auprès du gouvernement sur le territoire duquel naît l'obligation, passent à travers celui-ci pour se rendre à leur destination officielle (2). — Par contre, il en assure, mais en

(1) V. la discussion de certains jugements contraires de la Cour de Hollande, ch. XIII, trad. Barbeyrac, §§ 1-4, p. 137-143.

(2) J'ai essayé de montrer dans une *Chronique* de la *Rev. gén. de dr. intern. public*, t. VIII (1901), p. 497-498, qu'un agent diplomatique, tandis qu'il fait route vers le futur pays de résidence, doit être couvert par l'inviolabilité dans les pays qu'il traverse simplement et avec lesquels il n'est point destiné à entretenir des relations spéciales ; sinon, il est porté une atteinte réelle, à la fois, au droit de l'Etat qui a choisi cet agent pour son représentant, et à celui de l'Etat auquel il est envoyé, atteinte inadmissible, en tant qu'elle est contraire au principe du respect réciproque des Etats. V. au contraire les formules restrictives de Bynkershoek, ch. IX, éd. Vicat, p. 134 ; trad. Barbeyrac, § 7, p. 100 et sv. [*Vulgo alioquin dici solet, jus legationis non valere nisi inter utrumque principem, qui mittit legatos, et ad quem missi sunt, cætera privatos esse*]. En vérité, la distinction implicitement faite entre le voyage d'aller et celui de retour de l'ambassadeur (il semble que la seconde hypothèse n'ait guère été prévue) n'est, à mon avis, ni fondée, ni bien judicieuse, en sorte que l'on serait plutôt tenté d'en renverser les termes.

mesure aussi, l'effet par rapport à l'ambassadeur-marchand. J'ai dit, tout au début de cette notice (p. 385, n. 1), que la composition de cet ouvrage fut déterminée par les discussions auxquelles donna lieu, en 1720, l'affaire du résident du duc de Holstein, à La Haye, décrété de saisie par la Cour suprême de la province de Hollande pour paiement d'une dette qu'il avait contractée comme négociant; en 1723, les Etats-Généraux, auxquels une plainte avait été adressée par l'intéressé, tardaient encore à se prononcer; moins hésitant, Bynkershoek, très frappé des abus nés du privilège des ambassadeurs-marchands d'être exempts du paiement des droits sur les objets imposés à leur propre usage (1), approuve, quant au fond, l'arrêt de la Cour de Hollande, par ce motif péremptoire, à défaut de toute disposition contraire : *in legato mercatore, quod ad forum* non aliud *statuendum videri* quam in alio quovis, *qui æs alienum, ex quacunque causa contractum non exsolvit* (2); il ne s'illusionne point cependant sur les difficultés qui, en cas d'exécution, naîtront de la nécessité de rechercher l'origine et l'affectation des fonds arrêtés, aux fins de laisser au ministre les moyens d'existence insaisissables dus aux ambassadeurs; et c'est l'avis qui ressort de ses développements qu'en pareille occurrence, il vaut

(1) Callières, *Man. de négocier avec les souverains*, ch. ix, p. 103 [cité par Barbeyrac, p. 146] rapporte que, pour réagir contre cette sorte de négoce et les profits en advenant, le Conseil d'Espagne règla ces droits de franchise pour tous les ministres étrangers résidant à Madrid, « moiennant une somme par an qu'on y donne à chacun d'eux, à proportion de leur caractère ».

(2) Ch. xiv, éd. Vicat, p. 141; trad. Barbeyrac, § 4, p. 151. V. cependant, éd. Vicat, *ibid*; trad. Barbeyrac, § 4, p. 156, à propos d'une affaire intéressant le résident du duc de Mecklembourg, et jugée contre celui-ci [ch. xi, éd. Vicat, p. 137; trad. Barbeyrac, § 10, p. 123-125] la critique de cette décision, sur la foi de l'Ordonnance de 1679, et par cette idée *quamvis mercatura ad legationem non faciat, ut nec faciunt mille causarum figuræ, ex quibus obligationes et actiones nascuntur, in omnibus, illis, id est*, in quacunque causa civili, legatum externi principis recta domum revocare.

mieux une plainte par voie diplomatique que l'exercice d'une action judiciaire, difficilement conciliable avec la sécurité désirée et garantie par le droit des gens pour les ministres publics (1).

Par tout ce qui vient d'être dit, dans l'ordre d'un classement plus systématique peut-être, en tout cas moins fragmentaire, que celui du *De foro legatorum*, je crois avoir résumé toute la substance de ce volume, dont certains développements furent, quelques années plus tard, repris, ou complétés de détails, dans le *lib. II Quæstionum juris publici*. De ce qui est exposé dans cet autre fragment de l'œuvre générale intitulé *De rebus varii argumenti*, je ne dirai rien, soit parce qu'il ne s'y agit que de questions réduites aujourd'hui à un intérêt trop historique et particulier, soit parce qu'il n'y est guère discuté de doctrine générale ; tout au plus ferai-je une exception pour le ch. VII, *An valeat, quod legatus egit contra arcanum mandatum* (2). La littérature moderne n'est point encore unanimement arrêtée sur le point de savoir ce qu'est, en soi et juridiquement, la ratification des traités, au sujet de laquelle il s'est produit, au cours des temps, une curieuse évolution dans les idées ; il est donc intéressant de rechercher et trouver dans Bynkershoek l'expression de la règle, aujourd'hui abandonnée (3), que les règles du mandat régissaient la conclusion des traités, un souverain étant lié par son ambassadeur, toutes les fois que celui-ci avait agi dans les limites de ses pouvoirs connus, et alors même qu'il aurait dépassé ses instructions secrètes. Grotius et Pufendorf l'avaient dit, Bynkershoek lèguera cette doctrine à Vattel et à Georges-Frédéric de Martens : *Vulgaris, et apud alios principes, et apud Ordines Generales, primi*

(1) Ch. XVI, éd. Vicat, p. 143 ; trad. Barbeyrac, § 7, p. 175.

(2) Ed. Vicat, t. II, p. 221-223.

(3) V. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, 3e éd. 1903, p. 573, — et, pour l'histoire sommaire de cette idée, Michon, *Les traités internationaux devant les Chambres* (Paris, 1901), p. 3 et s.

mandati formula est, id quod cum illis legatis actum erit, ita valiturum, atque si cum ipsis principibus esset actum, *idque omni modo ratum sese esse habituros*. L'entière application des règles du mandat ne fait donc point doute pour lui; et voici sa conclusion, donnée en considération de l'usage des ratifications peu à peu introduit dans la pratique internationale (1) : de cette ratification dépend le caractère définitif des traités ; mais il n'est point licite à un souverain loyal de la refuser aux engagements pris par un plénipotentiaire dûment autorisé et ayant agi en vertu de ses instructions ; par contre, tout dépassement de pouvoirs autorise, le cas échéant, un retard ou un refus de cette même ratification, qu'il convient d'envisager, non comme une obligation stricte, mais comme un droit absolu pour tout souverain, et dont l'octroi est une question de fait variable dans chaque espèce ; réserve importante, au surplus, pour autant que son développement, concordant avec l'abandon progressif des règles du mandat, amena à reconnaître aux assemblées le droit de contrôle naturel sous le régime parlementaire. A ce double point de vue, la doctrine de Bynkershoek, plus ferme que celle de Wicquefort, est d'une grande netteté : *Non tamen negaverim, si legatus publicum mandatum, quod forte speciale est, vel arcanum, quod semper speciale est, examussim sequutus, fædora et pacta ineat*, justi principis *esse ea* probare, *et, nisi probaverit, malæ fidei reum esse simulque legatum exponere ludibrio ; sin autem mandatum excesserit, vel fæderibus et pactis nova quædam sint incerta, de quibus nihil mandatum erat*, optimo jure *poterit princeps vel* differe ratihabitionem, *vel* plane negare... *In singulis causis, quas ipse* [Wicquefort] *recenset, ego no-*

(1) *Quinimo non erraverit, qui omnia quæ cum legatis acta gesta sunt ex generali mandato, sine ratihabitione principum nihil hodie valere existimet.* Valent illa quod ad formam, sed quod ad materiam vim nullam habet, nisi ratihabitionum accesserit auctoritas..... *Mores gentium sæpe solent mutari* [Comp. Bodin, *République*, livre III, ch. II ; Wicquefort, *Ambassadeur*, liv. II, sect. 15].

lim judex sedere, nam plurimum facti habent, quod me latet, et forte ipsum latuit : non immerito autem nunc gentibus placuit ratihabitio, cum mandata publica, ut modo dicebam, vix unquam sint specialia, et arcana legatus in scriniis suis servare soleat, neque adeo de his quicquam rescire possint, quibusque actum est. Ainsi l'idée antique et plutôt brutale de mandat, pour être maintenue, est au moins combinée avec cette autre, plus moderne et souple (1), que la signature des plénipotentiaires n'engage pas définitivement les auteurs de ces pouvoirs et que, faute de ratification, le traité n'a pas de force exécutoire ; en cette matière encore, la thèse de Bynkershoek est, sinon aussi progressive qu'elle eût pu être, du moins à retenir comme formule d'une doctrine de transition.

*
* *

Le *De rebus bellicis*, premier livre des *Quæstiones juris publici*, a une importance que j'ai déjà signalée d'une manière rapide (2) et sur laquelle il convient de revenir par des explications afférentes à quelques chapitres. De tous, sans aucun doute, on tire quelque profit ; de certains seulement (ce sont, d'ailleurs, les plus nombreux), il est utile de s'occuper dans une monographie du genre de celle-ci, si décidément, comme je le crois, il est vrai que l'étude des anciennes législations et la lecture des vieux auteurs doivent être entreprises, principalement. sinon exclusivement, avec le souci de leur immédiate utilisation à l'intelligence de la littérature

(1) Elle fut notamment exprimée, on le sait, à propos du traité du 20 décembre 1841, relatif à la répression de la traite des noirs et à l'exercice du droit de visite, par M. Guizot [*Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps*, t. VI, p. 159, 162, 171, 422].

(2) J'en ai *supra* indiqué la tendance (p. 384), et aussi (p. 386 et s.), la méthode, si différente de celle de Grotius, et partant si originale, de ne point donner ses exemples, sans acception de temps et de lieu et d'après les monuments historiques ou littéraires de l'antiquité, mais bien plutôt de les fournir circonstanciés et récents [*Hanc* (*auctoritatem*) *malim arcessere ab exemplis hic ille frequentatis quam a testimonio veteris alicujus poetæ vel rhetoris*].

et du droit modernes. A ce point de vue, Bynkershoek mérite d'être connu : Cauchy lui a déjà rendu ce témoignage « qu'il a commencé à coordonner les éléments de cette partie de la science du droit qui, se rattachant à la science du commerce et tenant de la même nature, avait besoin, pour être approfondie, de plus de droiture et de bon sens que d'imagination et de génie ». Or, au temps de la Renaissance, pendant le Moyen âge, et même après Grotius, une série ininterrompue de théologiens et de jurisconsultes, appliquant leurs recherches aux faits sociaux provoqués par la guerre, avaient eu un corps de doctrines, embrassant à peu près toutes les matières comprises dans le droit de guerre, à l'exception des problèmes maritimes et de neutralité résolus par la jurisprudence des cours d'amirauté ; au contraire, les efforts de Bynkershoek portèrent, avec un exclusivisme presque absolu, sur les questions commerciales et maritimes qui furent si graves pour la Hollande, au temps de sa prospérité et de ses épreuves : le titre du livre *De rebus bellicis* est plus large que sa substance ; c'est à peine, en effet, si, dans le domaine du droit public (1), à propos de la déclaration d'hostilités notamment, quelques développements sont fournis, pour lesquels il suffit presque de procéder par une observation générale.

Ce sont, touchant le droit de la guerre, deux idées éprouvées (2), d'une part que, sous l'influence de la philosophie

(1) Les questions de droit privé ne sont pas davantage envisagées, réserve faite d'une seule (*An res hostium liceat assecurare*, au ch. XXI, p. 200, où mention est faite d'Edits des Etats Généraux des 13 mai 1622, 31 décembre 1657 et 9 mars 1689, et la conclusion suivante affirmée : *Assecurare non licere, et, quia res usum quotidianum habet, vellem id quoque esse insertum legibus tam generalibus quam specialibus, quas Belgæ huic contractus variis temporibus præcripserunt...* Naves mercesque, quas jure belli occupare et publicare licet, *quæcumque demum fuerint, assecurare non licet, sin autem occupare et publicare non liceat, non animadverto, cur de iis prohibita dicamus* τὰ ἀσφαλίσματα).

(2) V. ce que j'en ai dit, *Rev. génér. de dr. intern. public*, t. VIII (1901), p. 800, dans une note sur la thèse de doctorat de M. Basdevant, *La Révolution française et le droit de la guerre continentale*.

du XVIIIe siècle, la tendance s'est accusée, et réalisée, d'augmenter les obligations des belligérants par la règle du respect de la souveraineté nationale de l'adversaire, et de diminuer leurs droits par la notion des égards dus à tous les individus, belligérants ou sujets paisibles de l'ennemi ; d'autre part, qu'avant et après la Révolution, avant et après l'affirmation des principes nouveaux, bien des guerres, particulièrement difficiles à soutenir et surexcitant au plus haut degré les passions nobles ou cupides des peuples, se signalèrent par de dures pratiques que l'humanité vieillissant condamne, mais que le XVIIIe siècle acceptait, sur la foi de ses écrivains et aussi sur l'autorité de cette notion que celui qui déclare combattre pour une cause juste peut prétendre user de moyens particulièrement rigoureux. Bynkershoek était de cette époque : ce n'est point chez lui que se rencontrent, pleinement développées (1), les idées de limitation, d'humanité et d'honneur, qui comptent parmi les principes générateurs des lois de la guerre. Insistant sur la nécessité de distinguer soigneusement ce qui est affaire de justice ou de droit strict et ce qui relève simplement de la grandeur d'âme ou de la générosité (2), il tient, ferme, que dans la guerre, inspirée principalement par un but de conquête, le mal causé peut être indépendant de celui souffert, le dol s'ajouter à la violence et celle-ci affecter une extraordinaire mesure (3) ; rien d'étonnant, dès lors, à ce

(1) Tout au plus la réserve est-elle incidemment faite (ch. III), en termes par eux-mêmes assez explicites d'ailleurs, à propos d'inutiles massacres et des soins convenables aux morts et aux blessés : *Licent in hostem omnia*, sed si ob fortitudinem, *nihil crudelius*.

(2) Justitia *in bello omnino necessaria est*, animi *vero* magnitudo *a mera voluntate proficiscitur* (ch. I, et II, p. 163). *Humanitatem, elementiam, pietatem, ceterasque animi magni virtutes in bello exercere gloriosum est, sed oppido* putidum [comme Louis XIV, en 1666, vis-à-vis du roi d'Angleterre] *solis verbis ludere, quid enim nisi verbis ludis, cum indoles conflagrationi urbis, quam ipse cuperes incindere* (ch. III, p. 167).

(3) Omnis vis in bello justa *est, si me audias, et ideo justa, cum libeat hostem opprimere, etiam inermem, cum liceat veneno, cum liceat*

que, préférant aux usages des nations (*moribus apud pluresque gentes europæas receptis*) l'essence même des prérogatives de la guerre d'après la loi de nature (*jure gentium universo*), il ne blâme point Gustave-Adolphe, par exemple, d'avoir agi contre les Allemands sans dénonciation préalable de ses projets et déclare, légitime, en cas de juste guerre à une autre nation et *a fortiori* à des sujets rebelles, l'ouverture des hostilités en dehors d'une déclaration solennelle. Il accuse même, comme à plaisir, les conséquences de sa thèse (1), et avec satisfaction ne manque pas d'affirmer, nonobstant l'abolition de l'esclavage, la persistance du vieil usage de réduire en servitude les prisonniers de guerre, pratiqué encore au XVIIe siècle par le duc de Brunswick, les Etats-Généraux des Provinces-Unies et Louis XIV (2). Il fait ainsi une place très réduite à l'équité, qu'en plusieurs chapitres il invoque et respectueusement qualifie *juris gentium magistra;* mais, en réalité, il subit la vieille impression que le temps de guerre est de tous le moins propre à l'éclosion et à la garantie de la notion suprême du droit d'humanité et de justice.

percussore immisso, et igne factitio, quem tu habes et ille forte non habet ; denique cum liceat, ut uno verbo dicam, quomodocumque libuerit (ch. I, p. 163).

(1) Ch. II, p. 165 : *Quid si Hispanus eo anno 1598 solenniter bellum indixisset Belgis, et mox eorum naves publicasset, eodem forte die ?* jure belli *hoc potuit : neque enim vel Belgæ, vel alii principes, cum bellum subito exarsit, hostium suorum subditis solent denunciare, ut res suas alioquin publicandas, avehant... atque ita omnes gentes observant,* nisi expresse aliter pactum *sit, ut aliquando* (ex. : traité d'Utrecht, 1er juillet 1463) *pacisci solent.*

(2) Au ch. III, p. 167, il marque très bien l'évolution du droit des gens en cette matière : Juri occidendi *hostes successit* jus servitutis *diutissime olim exercitum... Sed consuetudinem redimendi captivos, et donec redimantur, detentionem, unde magis existimes servitutem esse, quam quaslibet alias detentiones, quibus hodie adversus exteros debitores utimur ad consequendum, quod nobis debetur ? Neque enim illæ detentiones remitti solent nisi soluta pecunia, aut præstita cautione, plane ut in causa captivorum. Quin et captivi, si non redimantur, sæpe et sine lytro dimissi.*

Il le fallait constater ; il serait vain d'y insister, alors surtout que le *De rebus bellicis* tire tout son prix de l'exposé qu'il contient du droit de la guerre maritime et de la neutralité ; ce fut, à la première heure, son originalité ; c'est, aujourd'hui, la raison de son intérêt persistant. Le point de vue y est, sinon formellement, du moins implicitement, dégagé que la guerre maritime, bien loin de se limiter à deux marines, ou encore à une flotte et aux moyens de défense d'une côte ennemie, est aussi, et surtout, dirigée tout à la fois contre le commerce maritime de l'adversaire, contre la propriété des particuliers ennemis inoffensifs, navires de commerce ou cargaisons mises à bord de ces navires, et même, dans une certaine mesure de plus en plus réduite avec le temps, contre les entreprises et les relations marchandes des neutres avec les belligérants ; aussi, on aperçoit, avec netteté, au travers des chapitres assez méthodiquement ordonnés, d'une part comment du commerce et de la propriété ennemis il en a été de tous temps comme il en était, assez récemment encore, de la propriété privée sur terre, avant que la pratique ne l'eût fait considérer comme un objet illégitime de butin, — et d'autre part, comment du pavillon des navires neutres l'inviolabilité de principe ne fut que progressivement aperçue, au fur et à mesure qu'étaient mieux compris et assurés les droits inséparables de la liberté des mers et de l'indépendance commerciale des puissances neutres. Dans ces conditions, étant donné ce qui était dit tout à l'heure de la rigueur générale de la doctrine de Bynkershoek, les droits et les prérogatives reconnus par elle aux belligérants et aux neutres doivent, semble-t-il, d'autant plus fixer l'attention qu'ils ne sont « pas assurément faveur, mais justice ».

De statu belli inter hostes [chap. III], en premier lieu, les questions relatives au commerce réciproque des belligérants sont tout d'abord immédiatement envisagées : les relations commerciales maritimes entre ressortissants d'Etats ennemis n'étant pas encore, à l'heure actuelle, proclamées libres d'une manière générale, il est compréhensible que

Bynkershoek ait pu voir dans leur interdiction un résultat de l'ouverture des hostilités. Résultat ordinaire, mais non fatal, au surplus : de même, en effet, que la confiscation des biens et la mort purent accidentellement en être la sanction (1), de même, accidentellement aussi, fut admissible l'usage des licences, autorisant le commerce avec ou par les ressortissants de l'Etat ennemi ; l'intérêt du belligérant étant la seule raison de la prohibition, celle-ci ne pouvait qu'être levée, dès lors qu'il s'agissait, ou bien de laisser intact le commerce international indispensable à l'existence des peuples, ou bien d'éviter une famine au peuple dont le marché avait été, par une politique plus ou moins inconsidérée, fermé au commerce privé ennemi (2). *Quamvis autem nulla specialis sit commerciorum prohibitio*, ipso tamen jure belli commercia esse vetita, *ipsæ indictiones bellorum satis declarant, quisque enim subditus jubetur alterius principis subditos, eorumque bona aggredi, occupare, et quomodocumque iis nocere... Hinc* in quoque bello aliter atque aliter commercia permittuntur vetanturque, *prout ere sua subditorumque suorum esse censent principes*. Les rapports entre deux peuples peuvent donc simultanément tenir de l'état de guerre et de l'état de paix (*pro parte sic bellum, pro parte*

(1) V. ch. III, p. 168, de nombreux exemples rapportés et même ce détail que, suivant des Edits hollandais du XVIe siècle, la violation de la défense de commerce pouvait même être recherchée *adversus eorum qui deliquerunt heredes*.

(2) Au temps de Bynkershoek, d'ailleurs, la pratique des *licences de commerce entre belligérants* fut, semble-t-il, assez rare : avant les premières années du XIXe siècle, qui virent les coalitions engageant presque tous les Etats de l'Europe, le principe fut, en effet, le plus ordinairement, maintenu que deux puissances en guerre l'une contre l'autre ne pouvaient tolérer la continuation des affaires entre leurs sujets, et, partant, que les ports nationaux devaient être fermés aux navires ennemis ; ce qui explique ce caractère relevé, par M. Kleen, *Lois et usages de la neutralité*, t. II (1900), p. 227, dans les anciennes licences de « [présenter] un caractère étrange de tracasseries et de relâchements mélangés, de persécution sur le moindre soupçon et de remise des droits où rien n'éveillait l'ombrage ».

pax erit inter subditos utriusque principis), et la licence servir, soit au profit de son auteur, soit dans l'intérêt bien entendu de chaque belligérant, comme moyen d'atténuer les effets des hostilités ; l'acceptation de ces idées est tout particulièrement remarquable chez Bynkershoek, qui, ailleurs, dans le domaine strictement délimité des opérations militaires (1), laisse au droit de la guerre toutes ses rigueurs, en ce qui concerne notamment les conditions de capture et d'acquisition de la propriété ennemie.

S'agit-il, en effet, du théâtre légitime de la lutte (2), il nie, très exactement, ce qu'avait admis Grotius dans l'intérêt du belligérant, et ce qu'au profit du neutre devait encore admettre Vattel, à savoir le droit pour le belligérant d'atteindre son ennemi par les voies, seules utilisables ou plus commodes, des pays neutres, et la faculté pour les Etats tiers d'ouvrir leur territoire aux armées de leurs choix et dans la limite de leurs convenances : l'extrême nécessité ne saurait être pour le premier un motif suffisant pour se saisir d'une place neutre et s'en servir contre son ennemi ; leur souveraineté n'autorise point les autres à pratiquer, de plein gré ou de force, une hospitalité contraire à leur devoir essentiel d'abstention. C'est donc à peine si, discutant, non plus d'occupation et de passage, mais de poursuite des opérations militaires en territoire ou dans les eaux territoriales neutres, il l'excuse (3), sous prétexte d'acharnement du combat, et

(1) Ch. III, p. 169.

(2) *Jure belli adversus hostem duntaxat utimur in nostro, hostis, aut nullius territorio.* In nostro *si hostem deprehendamus... Ipsum* hostis territorium *ingredi, et ibi prædam agere, ratio belli permittit... sed in* territorio utriusque amici qui hostem agit, *agit et adversus principem, qui ibi imperat, et omnem vim, a quocumque factam, legibus coercet* [ch. VIII, p. 177].

(3)... In mari, terræ proximo, *quousque tormenta castellorum explodantur,* vim quidem inchoare non licet, *sed* inchoatam licebit persequi, *dum persequimur hostem in mari* παρακτίῳ, *etiam sub terram, aut in flumine, aut in sinu forte aliquo, dummodo castellis, etiam hostem juvantibus, pareamus, et omne amicorum periculum absit* (*ibid.*, p. 178).

eu égard à cette circonstance qu'il n'y a que continuation d'un engagement ailleurs commencé de plus correcte façon ; encore n'assigne-t-il qu'une portée toute conditionnelle à cette opinion, et la présente-t-il, enfin, comme non dominante, même à son époque.

S'agit-il du sort de la propriété privée, il n'a, au contraire, nulle hésitation : quæcumque hostium sunt, recte capimus, *ea autem bona pars sunt imperii hostilis, quæque ita hosti, prodesse, nobis nocere possunt.* Ainsi la question ne se posait guère pour lui de la garantie de l'immunité qu'il conviendrait de reconnaître aux personnes et aux propriétés privées contre les conséquences des hostilités son attention s'appliqua bien plutôt aux conditions sous lesquelles les choses mobilières ou immobilières prises par l'ennemi lui demeureraient acquises, ou retourneraient à leur ancien propriétaire par le fait d'un tiers, qui les aurait reprises, de force ou par rachat, sur le capteur ; de ce chef, sa contribution aux deux théories de la postliminie et de la rescousse furent importantes. — L'abandon du principe ancien, suivant lequel [L. 5, § 7, Gaius, *D. de acquir. rer. dom.*, liv. XLI, tit. I] tout objet enlevé à l'ennemi tombait, *ipso facto*, au pouvoir du capteur, est à nouveau affirmé, au profit de cette autre idée que l'acte de guerre opère, au plus, un transfert conditionnel, exclusif de tout titre juridique, générateur simplement d'un état de fait que doit réglementer définitivement le traité de paix ou peut mettre à néant un évènement nouveau et contraire (1) ; d'où, cette conclusion, tirée de précédents bien précisés, et dégagée par

(1) Sur ces deux conceptions opposées, romaine et moderne, du *droit de postliminie*, V. par exemple Cauchy, *op. cit.*, t. I, p. 188 et 364 ; Kleen, *op. cit.*, t. II, p. 545 ; — et dans Bynkershoek, l'adoption implicite de la seconde, ch. vi, p. 174 : *Possessio consistit in occupato, et, quod occupatur, jure naturali in potestatem nostram redigitur*;... *occupationis et possessionis hæc omnia æstimanda ;* — et surtout, ch. vii, p. 177, à propos des actions et droits mobiliers de l'ennemi : *Si exegerit, recte solutum est ; si non exegerit, pace facta reviviscit* jus pristinum creditoris, *quia* occupatio, quæ bello fit,

Bynkershoek avec sa forte logique et sa vigoureuse expression, que toute prise opérée par un belligérant sur un sujet ennemi retourne à son propriétaire, si celui-ci la reprend avant que le capteur ne l'ait acquise, comme propriété légale, par des formalités et conditions conférant à sa saisie le caractère définitif. *Et ea,* quæ apud hostes *ante bellum exortum habebamus, indictoque* bello suppressa *erant, atque ita* non publicata, *si* a nostris denuo *recuperentur, non fieri recuperantium, sed* pristinis dominis restitui, *recte responsum est* (1). La question est donc ramenée à celle de savoir à partir de quel moment la translation de la propriété est opérée au profit du capteur ; fixation importante, parce qu'elle arrête les effets possibles du droit de postliminie, et permet ceux du droit de rescousse.

Sur celui-ci, il n'est peut-être dans le *De rebus bellicis* rien d'aussi nouveau que tels développements déjà signalés en d'autres matières ; il s'y rencontre, au moins, un exposé critique, particulièrement net, de la condition, préconisée par la doctrine et admise par la pratique, touchant les navires ou chargements ultérieurement repris sur le premier capteur. Or, s'agissant de décider à qui, du nouveau ou du premier capteur, ou du propriétaire ori-

magis in facto quam in potestate juris *consistit* ; *nomina igitur, non exacta, tempore belli quodammodo intermori videntur, sed per pacem,* genere quodam postliminii, *ad priorem dominum reverti.*

(1) Ch. VII, *in fine,* p. 177. — A raison même de la difficulté de reconnaître des biens meubles restés longtemps en la possession étrangère, le droit de postliminie est entendu différemment pour les choses mobilières et immobilières :... Immobilia, *quandocunque recuperata, postliminio redeunt ad priores dominos... Nunc* mobilia, sine distinctione omnia, in præda sunt, sine ullo jure postliminii. *His consequens esse videbatur, ab hostibus capta, et inde recuperata, recuperantibus cedere, quia occupatio quæ in bello fit dominium transtulit, et, ut transtulit occupatio, sic et transfert et recuperatio. Sed non recuperamus nobismet ipsis, nisi quæ jam pleno jure hostium facta sunt, nam, si non fuerint, pristino domino vindicandi jus erit* (ch. V, p. 171).

ginaire, doit appartenir cet objet de prise (1), les gouvernements (2) tenaient généralement pour une vieille « règle des 24 heures », exigeant que la prise fût demeurée aux mains du capteur un certain temps à l'expiration duquel, sans autre condition, l'ancien propriétaire perdait son droit ; le *Consulat de la mer* et Grotius, faisant, au contraire, état du principe de postliminie, affirmaient la distinction entre le droit de prise et celui de butin, pour conclure que, si le deuxième avait pour seule condition une possession de fait, ou tout au plus d'une certaine durée, le premier impliquait, pour la légitimité de son exercice, la conduite du navire en lieu sûr, *intra tutum locum*, dans un port national ou allié, *intra præsidia*, dans les limites de la souveraineté de l'Etat capteur ; la conception répandue par le grotianisme fut celle de Bynkershoek (3), qui en reproduit très exactement le principe et en dégage, avec des formules neuves et plus précises, la conséquence afférente au droit de rescousse : si la prise est, sans accident, mise en sûreté, par le capteur, dans ses eaux ou même, suivant l'opinion

(1) Encore qu'à bien des égards Bynkershoek aperçoive, mieux que ses devanciers et les auteurs de son temps, le principe et l'étendue des droits des neutres, il continue à subir sur bien des points (en particulier sur celui dont s'agit) l'influence de la tendance commune : or, celle-ci, sur la foi du *Consulat de la Mer*, sinon même du droit romain, s'occupait des conséquences du postliminium, de la reprise et de la restitution eu égard seulement à la propriété des nationaux d'un belligérant.

(2) V. la pratique hollandaise au XVIIe siècle, exposée dans le ch. IV [*Ecquando res hostium mobiles et præsertim naves fiant capientium*], p. 170-171 ; Bynkershoek en explique les variations, soit par des raisons de circonstance, soit par le désir d'user de représailles contre l'Angleterre ou la France.

(3) *Vera autem occupatio est quam tota retentio excipit, cui* quid faciunt horæ 24, quum et ultra eas res possit esse non vere occupata, atque etiam citra eas occupata verissime ? *Sane ob factorum differentiam generale quid, quod certum sit, ex de re constitui non poterit, sed singula facta consideranda sunt, et de singulis hoc habendum*, aliter rem hostis factam non videri, nisi ita facta sit, ut eam retinere et defendere possit (ch. IV, p. 169).

la plus favorable, dans celles de ses alliés, sous sa sauvegarde ou celle de ses amis, elle lui appartient, la reprise ne pouvant résulter que d'une prise nouvelle faisant passer au recapteur, sans conteste comme sans partage, la propriété du navire avec tous ses droits [*in portu... socii æque tuta est navium captarum retentio, ac in portu proprio, et nulla recuperandi spes, nisi rursus inde enavigaverint*] (1) ; mais que, si le navire pris par un ennemi lui est enlevé avant qu'il n'ait eu le temps de le conduire en lieu sûr, le propriétaire restitué est tenu vis-à-vis des repreneurs d'une récompense proportionnelle, non point comme l'avaient admis les anciens auteurs ou les vieux usages, à la fantaisie du repreneur ou à la durée du séjour de la prise chez le premier capteur, mais aux sacrifices, risques et efforts de ce recapteur et à la valeur de la propriété, le tout combiné en équité, avec la préoccupation pratique d'encourager les reprises par des récompenses généreuses [*Si ex ratione rem placet æstimare, ipse putarem, omnem temporis distinctionem esse abolendam, ejusque loco habendam rationem* operarum et impensarum, quas recuperator fecit, *habendam rationem* periculi, quod in recuperanda *subiit, habendam rationem* pretii navium et mercium recuperatorum, *et ex his omnibus*, boni viri arbitrio, *statuendum quid pro operis, impensis, mercede recuperatori tribuendam sit, neque id parca, sed liberali manu ad excitandam recuperatorum industriam*]. Il conviendrait de faire longuement honneur de ces solutions à Bynkershoek, si son principal titre n'était surtout d'avoir consacré au droit des neutres des développements inaccoutumés.

(1) *Ante deductionem in portum res non esse facta hostium, sed remansisse prioris domini; recuperata, igitur ei cedere, et non recuperatori... Quæ hostis capit medio mari, procul a finibus suis potest amittere, et sæpe amittit per alterius recuperationem.* Si quæ capit deduxerit ad fines et portus suos, nemo dubitaverit, pleno jure capientis esse facta. *Tantumdem dicerem, si vel in portum amici vel socii deduxerit, sed si id, ut supra dicebam, obtinere non liceat, largiamur*, quæcumque mari capta sunt, in portum proprium vel in classem propriam esse deducenda, *et non autem pleno jure quæsita videri* (ch. v, p. 173).

De statu belli inter non hostes [ch. IX], en second lieu, il a bien compris le caractère original d'impliquer, sous la pression des faits, une nécessaire et harmonieuse conciliation de deux intérêts contradictoires, celui des belligérants, qui consiste à étendre le plus possible les opérations militaires susceptibles d'être poursuivies par des nations luttant l'une contre l'autre, et celui des neutres, qui est de ne pas souffrir d'une guerre dont ils ne profitent pas, mais bien plutôt de continuer à jouir de la communauté des intérêts existant entre tous les peuples, que ceux-ci se trouvent en relations hostiles ou pacifiques (1). Aussi, pose-t-il comme principe : *de ratione, non de utilitate, omnis disputatio est*, ce qui l'amène à cette conclusion, du moins implicite, que la faculté de renoncer aux droits de la guerre n'implique, ni en raison, ni d'après les usages, celle de conserver entiers tous ceux de la paix ; or, le trafic des neutres avec les belligérants

(1) Ce qui est dit au texte, d'après Bynkershoek, se réfère simplement aux obligations de ceux qui *ex fœdere nihil quicquam debent, sed perfecte sunt neutrarum partium* [ch. IX, éd. Vicat, t. II, p. 180]. Mais ce n'est point la seule question qui ait été examinée ; d'assez longs développements sont en effet, à la même place, consacrés au point de savoir quel est l'effet d'un traité d'alliance et de secours liant un Etat neutre avec l'un ou l'autre des belligérants, ou même avec tous deux : d'après l'avis commun, la livraison de soldats, encore qu'elle ait été promise, n'est point de droit (*perabsurdum utrique mittere milites meos, ut invicem pugnent et se mutuo custodiant*) ; l'auteur du *De rebus bellicis* s'en éloignerait, porté qu'il est plutôt à se décider d'après la distinction *an et uter ex his justam belli gerendi causam habeant*, et, par suite, à ne pas considérer comme une violation de la neutralité la partialité témoignée pour le belligérant jugé en possession de la juste cause [*si duo mihi fœderati se invicem aggrediantur, ex fœdere satisfaciam ei, qui justiorem causam habet, et ipse ejus rei arbitror ero*]. C'était, du reste, l'opinion de la très ancienne littérature ; il était intéressant de relever dans Bynkershoek soit la trace de la confusion traditionnellement commise de la sorte entre l'aide morale et le secours matériel, soit la méconnaissance de l'idée, plus récemment dégagée [V. Kleen, *op. cit.*, t. I, p. 220], que « du moment que la prestation est d'une sorte que le droit international défend, la cause ne peut plus la justifier. »

ayant posé, dès l'abord, des questions délicates, et suscité de graves conflits, une loi de transaction a été peu à peu définie, suivant laquelle chacune des parties en cause doit faire des sacrifices à l'autre pour s'assurer, par compensation, un certain nombre d'avantages que celle-ci lui consentira ; aussi bien, c'est, après les indications superficielles ou sommaires, de Grotius, un notable progrès que les bipartites formules de Bynkershoek : *Si medius sim*, alteri non possum prodesse, ut alteri noceam... *Id nobis facere non licet, quia sic alterum alteri in bello præferremus, quod vetat* æqualitas amicitiæ, *cui in primis studendum est : præstat cum utroque amicitiam conservare, quam alteri in bello favere et sic alterius amicitiæ tacite renuntiare.* A l'encontre des errements ou des erreurs de l'époque, cette idée féconde était donc affirmée par lui que, hors le cas de traités exprès, les neutres ont, comme obligation essentielle, de ne point favoriser ouvertement l'un des belligérants, et de ne point fournir, même également à tous deux, les subsides (1)

(1) Il est à peine besoin de faire remarquer que, dans la pensée de Bynkershoek, la prohibition dont il s'agit porte seulement sur la fourniture de troupes par un Etat neutre à une puissance belligérante ; question toute différente de celle qui concerne les enrôlements opérés pour les belligérants sur le territoire des neutres, dont, avant le règlement moderne de la neutralité, l'intérêt historique fut extrême [V. sur ce point l'évolution de la pratique et des législations nationales, Kleen, *op. cit.*, t. II, p. 255-265] et à laquelle est consacrée le chapitre xxii, *An liceat militem conducere in amicæ gentis populo.* Alors qu'aujourd'hui la prohibition de l'enrôlement étranger apparaît comme un *devoir* des neutres, elle est, chez Bynkershoek, comme d'ailleurs chez tous les anciens publicistes, Grotius, Wolf ou Galiani, présentée comme un *droit* pour le neutre, celui-ci étant libre de tolérer sur son territoire les engagements au profit des deux belligérants : *ubi ea prohibitio non est, ut non est apud plerasque Europæ gentes, subditis licebit, ut ipse quidem opinor, civitatem suam relinquere, in aliam migrare, et ibi sub alio principe militare.* C'est donc eu égard au consentement du neutre que l'interdiction est recherchée et formulée ; s'agissant, par exemple, des ordres des Etats-Généraux de Hollande, en voici une preuve : *Diceres quidem quam plurima eorumdem Ordinum edicta, quæ prohibent*

et le matériel indispensables à la poursuite des opérations militaires ; et, par *a contrario* au moins, cette autre règle l'était aussi qu'à l'obligation des neutres correspond le devoir des belligérants de ne point impliquer les Etats tiers dans les hostilités et de ne point diriger contre eux des actes de guerre: elle est, en effet, présupposée par les solutions données, sur la double matière de la contrebande de guerre et du blocus, pour définir et déterminer le sens et la portée des obstacles que, touchant ces points, la pratique a suscités à la liberté du commerce neutre proclamée en principe.

Pour ce qui est de la contrebande de guerre (*de his quæ ad amicorum nostrorum hostes non recte advehuntur*), Bynkershoek aperçoit très bien, d'une part, cette considération que, pour concilier les droits légitimes du neutre, représentant le commerce pacifique, et du belligérant, réclamant contre tout secours fourni à son ennemi, rien ne serait plus naturel que l'interdiction absolue de toute assistance par des objets constituant un renfort de nature purement militaire, tous les autres objets étant laissés libres ; mais il sent également bien, d'autre part, que la simple supposition d'un usage belliqueux ne peut suffire, le cas échéant, à rendre applicables les peines portées contre le commerce et le transport des objets prohibés. Aussi, se décidant, à l'ordinaire, *non aliunde quam ex ratione et usu*, c'est-à-dire *ex perpetua quodammodo consuetudine*, il reprend les distinctions célèbres de Grotius ; il les interprète comme autorisant, en cas de nécessité, la saisie, mais à charge de restitution, des *res ancipitis vel promiscui usus*, et il conclut, de manière heureuse et ferme, par une transaction entre les deux conceptions extrêmes : quant au principe, contrabanda *dici*, *quæ* uti *sunt*, apta bello *esse possunt*, nec quicquam

sub extero principe militare, generaliter accipienda, sed iis probe excussis intelliges, vel temporalia esse, gliscente nempe bello, cum ipsi Ordines hominibus suis indigerent, vel etiam interpretanda esse de iis, qui hostibus militant, vel de iis, qui deserta Ordinum militia apud alios principes militatum eunt [ch. XXII, p. 202].

interesse, an et extra bellum usum præbeant ; et, par rapport aux matières brutes : *si omnem materiam prohibeas, ex qua quid bello aptari possit, ingens esset catalogus rerum prohibitarum, quia* nullo fere materia, ex qua non saltem aliquid, bello aptum, facile fabricemus ; *hæc interdicta, tantum non omni commercio interdicimus, quod valde esset inutile* (1) ; tout au plus admet-il, conformément à deux édits des États-Généraux, du 5 décembre 1652 contre les Anglais, et du 31 décembre 1657 contre les Portugais, qu'au cas où l'ennemi aurait grand besoin de ces choses et, sans elles, ne pourrait continuer la guerre, l'interdiction pourrait être décrétée du transport des matériaux capables de servir à la construction des vaisseaux (2). Cette doctrine, tout comme celle relative au blocus, dont il va être parlé, cadre ainsi, par anticipation, avec les idées modernes.

Pour ce qui est du blocus, en effet, Bynkershoek se sépare de Grotius, dont il a peut-être exagéré la pensée, touchant les hypothèses de transport interdit ou encore les prérogatives du bloquant à l'encontre des neutres contrevenant à ses défenses (3). Sur ce point aussi, il a bien compris que, de moins en moins, la pratique serait admissible des simples injonctions par lesquelles, aux temps antérieurs, des belligérants avaient pu interdire absolument aux neutres, sujets d'États indépendants, tout commerce avec l'ennemi ; et il a

(1) Ch. x, éd. Vicat, t. II, p. 182.

(2) V. ch. IX, p. 180, la même restriction de la liberté générale du commerce neutre faite au sujet des vivres, *quando ab amicis nostris obsidione premuntur hostes, aut alias fame laborant.*

(3) Bynkershoek, au début du ch. XI, p. 183, paraît, à tort, croire que Grotius, *De jure belli ac pacis*, liv. III, ch. I, § 5, n° 3 (trad. Barbeyrac, Leyde, 1759, p. 708), 1° exige, comme condition nécessaire d'un strict blocus, que la paix ou une reddition soit attendue ; et 2° limite le droit du belligérant, en pareil cas, à exiger une indemnité pour la lésion occasionnée par la faute du neutre, et, si la lésion n'a pas eu lieu, à le contraindre, par la détention de ses effets, de donner caution qu'il ne fera rien de semblable à l'avenir.

comme pressenti que les blocus ne pourraient, de plus en plus, en fait, mettre aux droits des neutres que des restrictions justifiées par les efforts du belligérant, proportionnées au degré de puissance de ses escadres et aux difficultés de l'approche des côtes. Sans doute, l'illégalité des blocus sur papiers établis par proclamation et non effectivement assurés, n'est point expressivement formulée dans son œuvre, comme elle le devait être, plus d'un siècle et demi après, dans la Déclaration de Paris ; sans vaine argutie cependant, on pourrait y en découvrir l'indice, dans telle explication donnée au sujet d'un blocus des ports de Flandre possédés par les Espagnols, qui, prononcé en 1630 (1) par les Etats-Généraux de Hollande, ne fut point assuré de suffisante manière, et néanmoins donna lieu à la saisie et à l'adduction dans les ports de la Zélande de quelques vaisseaux neutres : *sed omnino adfirmandum est*, cum enim segnius oræ illæ observatæ essent, *remissum quidem videri poterat illud obsidionis jus*, *quo non hostium quæcunque bona recte occupantur*, *sed non etiam jus commune belli*, *quo* τὰ contrabanda, *ad non obsessos quoque vecta*, *recte publicantur*. En tout cas, ce point qui pourrait prêter à discussion étant réservé, Bynkershoek est, dans le commentaire de ce même édit de 1630, très catégorique dans toute une série de solutions, pour déclarer de bonne prise les objets de con-

(1) Le texte de cet édit, promulgué par les Etats-Généraux, le 26 juin 1630, d'accord avec le conseil des cours d'amirauté et les plus savants jurisconsultes hollandais, peut être « considéré comme la première législation nationale du blocus moderne » ; il est en langue hollandaise dans Bynkershoek, ch. XI, éd. Vicat, t. II, p. 184, et traduit en français dans Wheaton, *op. cit.*, I, p. 183-185 ; une explication, assez complète, quoique fragmentaire, en est donnée par M. Kleen, *op. cit.*, t. I, p. 543, 574, 633, 637. Il est surtout intéressant, comme première affirmation du *droit de prévention*, par la disposition déclarant passible de confiscation, partout où il sera rencontré, n'importe à quelle distance du but, le navire *destiné* au port bloqué, motif pris de ce que l'entreprise elle-même est alors illicite, et, par le départ, déjà exécutée en partie.

trebande destinés aux places défendues ; pour admettre la confiscation des navires et chargements neutres, tant de ceux pris en flagrant délit sortant des ports bloqués ou y entrant que de ceux si proches desdits ports, le cas de tempête excepté, que leur intention d'y pénétrer peut être présumée ; pour tenir comme suffisants, au titre d'éléments de preuve et de motifs de saisie, les documents écrits trouvés à bord du vaisseau ; enfin, pour déclarer coupables de voyage illicite, et saisissables, n'importe à quelle distance du but et à un point quelconque de leur voyage de retour, les bâtiments antérieurement entrés dans un port bloqué.

La quatrième de ces solutions, qui au cas même de refuge du navire dans un port de sa patrie maintenait la légitimité de la poursuite (1), peut aujourd'hui apparaître comme fort stricte ; s'étonner outre mesure de sa rigueur serait oublier un peu vite l'ordinaire manière de Bynkershoek, dont le nom, par préférence à tous autres, fut, maintes fois, invoqué par les juges et publicistes préoccupés de fonder les plus dures solutions, de déterminer les suites naturelles des règles ci-dessus, de décréter contre les neutres des mesures répres-

(1) Ch. XI, p. 185 : *Sane si proprius portus, et in quem destinatum erat, iidem sint, res quidem caret omni dubio. Sed si Anglus, qui ex Flandria destinerat in Daniam, in portum Anglicum compellatur, et enavigans, iter suum profecturus, deprehendatur, antequam portum Danicum subierit, mihi quidem in itinere et ipso actu videretur deprehendi,* nec quicquam interesse, portus proprius sit, nec ne, quem ante subierat, si non iter, quod institutum erat, plane fuerit finitum. *Unde in sanctione, quia disjuncta sæpe pro conjunctis habentur,* proprium portum *intelligo, in quem simul iter destinatum erat, et* τὰ van die reyse *de absoluto itinere.* — Quelques années plus tard, la Hollande, revenant sur ses prescriptions de 1630, interdit aux commandants d'escadre d'arrêter des navires neutres pour violation de blocus, « en dehors de la place et du moment de l'acte ». Bynkershoek, opposant les deux réglementations, préfère la première ; par son idée de considérer, en pareille hypothèse, comme lieu de relâche le port national du navire transporteur, il prépare en quelque sorte l'aggravation de la règle de 1630 que devait plus tard réaliser, en Angleterre, la jurisprudence de sir William Scott.

sives des transports illicites et de justifier la possibilité de confiscation de la cargaison même inoffensive ; c'est à lui, en effet, que, pour la réalisation de tous ces desseins, on a emprunté l'idée des extensions. Aussi bien, alors que les multiples ordonnances et traités de la Hollande, promulguées ou conclus entre la paix de Westphalie et celle d'Utrecht, limitaient la confiscation aux articles de contrebande et laissaient libres, au contraire, les marchandises innocentes et le vaisseau transporteur, Bynkershoek invoque la raison contre la tradition (1), et, rééditant les distinctions du droit romain fiscal, préconise un système, dont Hubner, Wildman et Bluntschli, Phillimore, Woolsey et Travers-Twiss, notamment, devaient retenir et utiliser le principe, à savoir que le navire est confisqué si l'armateur a connu l'illégale nature du transport, et la cargaison tout entière perdue si elle appartient à un seul et même propriétaire ; toutes ces maximes eurent, au moins, l'avantage de lui faire rejeter les applications, communes à son époque, du droit de préemption, fallacieusement expliqué par une prétendue nécessité, et constamment accommodé, dit-il, aux circonstances du moment beaucoup plus qu'établi sur les maximes perpétuelles de l'équité.

La même remarque conviendrait encore pour l'une des deux solutions qu'il apporte à une question, corrélative à celles qui viennent d'être indiquées, inconnue dans l'antiquité, mais peu à peu dégagée au fur et à mesure que les guerres maritimes se distinguèrent de la piraterie : celle des droits appartenant aux navires neutres et à leurs cargaisons, plus expressément celle du sort de la propriété neutre chargée sur navires ennemis et, celle des marchandises ennemies mises à bord de bâtiments neutres. Touchant le premier

(1) *Sed non autem ex his jus gentium efficere, quia ratio, juris gentium magistra, non patitur, ut omnino generaliter et indistincte hæc intelligamus : nam quod ad navim, distinguendum puto, an hæc ad ipsum navarchum, an et ad alios pertineat* [ch. XII, p. 186]. — La loi romaine appliquée par Bynkershoek est L. 11, § 2, PAUL, *D.*, *de public. et vectig.*, liv. 3, tit. 4.

point, il use d'un système libéral et vrai ; sur le deuxième, se mettant délibérément en opposition avec la politique de son pays, il contredit au principe que la Hollande eut grand peine à faire reconnaître par la France dans les traités de 1662, 1678, 1697 et 1713. Sa doctrine sur ce point, pour être bien saisie, doit être exposée par comparaison aux pratiques et à la littérature du XVIIIe siècle (1). — Or, en 1727, lorsque Bynkershoek écrivit les chapitres XIII, XIV et XV de son *De rebus bellicis*, la coutume et les traités avaient suivi ou dégagé trois systèmes de politique, à l'encontre ou au sujet du commerce ennemi et neutre : 1° la Règle ancienne, (*rule of infection*), avait déclaré forfaits les navires et les biens qui, d'une manière quelconque, pour transport ou par chargement, avaient affaire avec des biens ou navires ennemis ; 2° la règle du Consulat de la mer, (*suum cuique*), avait admis la confiscation si l'objet appartenait à un ennemi, séparé le sort de la marchandise de la nationalité du pavillon, présupposé qu'un navire neutre n'est pas un territoire neutre garanti par le principe supérieur de son inviolable souveraineté, et, finalement,

(1) V., au besoin, un aperçu historique très complet et critique du « droit du navire et de la cargaison », dans WHEATON, *op. cit.*, p. 147-169, et KLEEN, *op. cit.*, t. II, p. 148-180. — On n'en retient ici, pour l'intelligence du texte ci-dessus, que ce petit tableau « concernant la liberté ou la confiscation des navires et cargaisons entrés en affaire avec des cargaisons ou des navires ennemis, de sorte qu'un navire neutre a transporté des biens ennemis, ou un navire ennemi des biens neutres » :

1° *Règle ancienne :* Navire confiscable, biens confiscables ; biens confiscables, navire confiscable.

Formes mitigées : Navire confiscable, biens libres ; biens confiscables, navire confiscable.

— Navire confiscable, biens confiscables ; biens confiscables, navire libre.

2° *Règle du Consulat :* Navire libre, biens confiscables ; navire confiscable, biens libres.

3° *Règle d'Utrecht :* Navire libre, biens libres ; navire confiscable, biens confiscables.

4° *Règle nouvelle :* Navire libre, biens libres ; navire confiscable, biens libres.

déclaré qu'au cas où l'un des deux, vaisseau ou cargaison, était neutre et l'autre ennemi, ce qui était ennemi pouvait toujours être saisi, à la différence de la propriété neutre ; 3° enfin, la règle d'Utrecht, (*robe d'ami garantit celle d'ennemi ; robe d'ennemi confisque celle d'ami*), décida de la liberté ou de la confiscation d'après la nationalité, non plus de l'objet transporté, mais du bâtiment transporteur, de sorte « que la juridiction du lieu fut érigée en raison déterminante, de manière à garantir contre les saisies tout ce qui se trouvait sous une souveraineté neutre, appartînt-ce même à un ennemi, en exposant, d'autre part, aux saisies tout ce qui pouvait être pris sous une souveraineté ennemie, fût-ce même neutre ». Tous ces procédés sont également durs quoique à des titres divers, car ils encourent le grave reproche de fonder le droit de prise exclusivement sur la qualité de la marchandise ou du pavillon, alors que le problème est, bien plutôt et uniquement, de savoir si la guerre autorise des attaques contre le commerce et surtout contre le trafic neutre, et que le principe doit être de limiter les hostilités aux moyens militaires. Mais l'ancienne doctrine ne sentait point ainsi.

Et, de même que Grotius défendit de la règle ancienne la partie autorisant la confiscation de biens ennemis chargés sous pavillon neutre avec l'agrément du propriétaire du navire, de même Bynkershoek paraît croire accorder aux neutres le plus grand privilège en laissant libres leurs biens à bord des vaisseaux ennemis, et en exemptant de la confiscation, qu'il admet contre la propriété hostile, leurs navires transportant ces marchandises. En quoi, comme je l'indiquais tantôt, sa doctrine est dure, plus stricte sur ce dernier point que la règle d'Utrecht, adoptée en 1713 entre la France et l'Angleterre, la Hollande et l'Espagne, et aussitôt reprise et développée par ces grandes puissances dans des traités de commerce et de navigation. Dût-on s'étonner de le voir ainsi écarter l'autorité, ordinairement reconnue par lui, du droit conventionnel, il s'en explique par cette

raison d'ordre général qu'un traité doit toujours être entendu *subjecta materia,* eu égard aux circonstances déterminantes de la volonté des parties, et ne peut jamais être admis comme règle générale que s'il est appuyé d'une coutume constante et en quelque sorte perpétuelle (1). Dans ces conditions, il refuse une portée générale aux traités, nombreux cependant, passés en 1650, 1662, 1674, 1678, 1679, 1697 et 1713 par les Etats-Généraux avec l'Espagne, la France, l'Angleterre et la Suède, sur la base des deux maximes combinées de vaisseaux libres marchandises libres et vaisseaux ennemis marchandises ennemies ; et, sauf une présomption du caractère ennemi, qu'avait aussi admise Grotius, il tient, au contraire, je le répète, pour libre le voyage des marchandises neutres sous pavillon ennemi : *ex ratione utique ejus modi jus defendi non poterit : nam cur mihi non liceat* uti nave amici mei, quamquam tui hostis, *ad transvehandas merces meas, si pacta non intercedant, licet mihi... Tibi, qua hosti, licebit navem ejus occupare, sed quo jure res meas, id est amici tui occupabis ? si nempe probem, res meas esse, alioquin Grotio adsentior,* ex præsumptione quadam pro rebus hostilibus *esse habenda,* quæ in navi hostili inveniuntur (2).

Quant au transport sur navires neutres de propriété ennemie, il décide, contrairement à la lettre de l'infection hostile, et, d'après l'esprit du Consulat de la mer, distingue dès lors entre la liberté du navire et celle de la cargaison : le

(1) V., *supra,* p. 390, l'indication déjà faite de cette idée. — Comp. ch. xv, éd. Vicat, p. 190 [à propos de l'application du droit de postliminie aux choses prises par des ennemis, et transportées sur territoire neutre, *ex sola ratione, nugatoria hæc quæstio*], l'affirmation très nette de la thèse : *Sed recte observat Zoucheus* (*De jure feciali,* part. 2, sect. 8, quest. 2), *non satis constare, an, quod illi pacti sunt, sit habendum pro jure publico, an pro exceptione, qua a jure publico diversi abeunt. In variis pactis, de antiquioribus et recentioribus, id* adeo sæpe est incertum, ut ex solis pactis, non consulta ratione, de jure gentium pronuntiare periculosum sit.

(2) Ch. xiii, p. 188.

navire doit être libre, faute d'avoir péché contre le droit des gens en se chargeant de la propriété d'un ami ; mais la marchandise ennemie doit être confisquée, à raison de sa nationalité, par une application naturelle du droit primordial appartenant à chacun des belligérants de se saisir de toutes les propriétés de son adversaire : *si navis amici mei hostium res vehat et capiatur*, duplex erit inspectio, altera ac ipsa navis amica, altera an res hostiles *recte publicentur... Omnino dicendum, navem amicam non publicari ob res hostiles, ei impositas, sive sciverit, sive ignoraverit dominus navis, utcunque enim sciverit, simul scivit, se versari in se licita ; ac sic non est in eo, qui sciens res munes vel contrabandas vehit ; probo potius quod* navem amicam, quamvis rebus hostilibus onustam, non publicari... [*De ipsa ratione magis quam de pactis*] *non sum qui videam, cur non liceret* capere res hostiles, quamvis in navi amici repertas, *id enim capio*, quod hostium *est, quodque* jure belli *victori cedit ;... eatenus utique licitum esse amicam navem sistere, ut non ex fallaci forte aplustri, sed ex ipsis instrumentis, in navi repertis, constet navem amicam esse... et inde discere, an quæ hostium bona in nave lateant, et, si lateant, quidni ea jure belli occupem* (1) ? Dans ces cas donc le navire neutre, d'après le *De rebus bellicis*, pouvait-être, non point pris (*publicata*), mais du moins arrêté (*stata*) pour laisser vérifier d'après les papiers de bord la sincérité du caractère neutre : Bynkershoek n'avait point hésité devant l'objection, pourtant décisive, de la souveraineté du pavillon ; et ce fut la destinée de cette doctrine extrême d'être plus tard invoquée et reprise, tant par Kent

(1) Ch. XIV, p. 189. — C'était là une opinion très arrêtée ainsi qu'il ressort du passage suivant : *Postquam hæc scripseram, in manus meas pervenit Heineccii... dissertatio* de navibus ob vecturam vetitarum mercium commissis... *Sed tantum abest, ut, his lectis, mutem sententiam, ut eam potius confirmaverit viri magni auctoritas ; cur tamen nihil delendum censuerim, ipse videbis, si, quæ uterque nostrum dixit, conferre commodum sit.*

et Wheaton que par l'amirauté anglaise, pour tenter une impossible justification des recherches pratiquées dans les navires étrangers et des saisies pratiquées à leur bord de biens ennemis.

C'est, au surplus, l'une des thèses les plus importantes de Bynkershoek ; il la fallait donc rappeler avec quelques détails, au lieu qu'il suffit de noter ici simplement l'existence dans son livre de développements consacrés à la piraterie (ch. XVII) et au droit matériel des prises (ch. XVIII : *de prædatoria privata*, et XXIV : *de repressaliis nonnulla*). Ces fragments contiennent, d'ailleurs, simplement, l'un la répétition des condamnations doctrinales et des procédures pratiques contre les pirates, l'autre la définition des principes de compétence et de juridiction d'une part, et l'énonciation des communes garanties contre les tribunaux du capteur, d'autre part ; aussi ce qu'il reste, me semble-t-il, le plus intéressant de ces chapitres, ce sont les impressions générales résultant de leur lecture : là (1), cette nouvelle vérification de l'idée que, si la piraterie fut sévèrement punie *ob atrocitatem delicti* (*pœna capitis bonorumque supplicio*), ce fut beaucoup plus à raison de l'atteinte à la propriété que par respect des personnes molestées ; ici, une triple remarque, touchant le fondement que l'auteur donne au droit de butin, les garanties qu'il réclame pour les neutres à l'encontre des corsaires, et l'autorité qu'il assigne aux jugements de prises. — Sur le premier point, en dépit de son idée parfois accusée (2) que le droit de la guerre et de

(1) Il conviendrait toutefois de remarquer aussi une opinion, incidemment énoncée : *ex ipsa ratione satis intelligo*, qui externi principis, aut plurium principum, qui diversos hostes habent, mandato ad prædandum exeunt, *piratarum nomine censendos esse, quia sic possunt et non hostes depredari, et alios principes contra suum suscitare; sed et Ordines Generales eos pro piratis esse habendos specialiter edixerunt* [ch. XVII, p. 193].

(2) Ch. V, p. 172 : *Exigit tamen* publica gentium tranquillitas, *et ipsa* subditorum nostrorum beata quies, *ut semel, consulta ratione, certi quid statuamus.*

la neutralité doit se baser sur le respect des droits de la paix, Bynkershoek, plus dur que Gentilis et Grotius, donne pour fondement au droit du butin et des prises les obligations de la guerre, et ce, sans distinction entre propriété publique et propriété privée ; cependant, il condamne l'abus fait, en bien des circonstances, de cette notion de nécessité, pour couvrir d'un motif apparemment légitime des actes de préemption uniquement commis, en réalité, dans le but de subordonner les droits des neutres aux intérêts ou aux convenances des belligérants. — Sur le deuxième, préoccupé, sans doute, comme tous les anciens auteurs, de l'indispensable répression, au moyen d'amendes, des excès des corsaires, il affirme le droit à une indemnité pour tout neutre lésé par des violences inopportunes ou par les saisies illégales d'un navire belligérant ; il admettait même ce qui, dans la doctrine, a été, me semble-t-il, reconnu moins unanimement que le devoir de réparation incombant au capteur coupable, à savoir l'intervention des gouvernements dans ces affaires et leur responsabilité quant aux fautes de leurs croiseurs ou même de leurs juges (1). — Sur le troisième enfin, touchant la question de savoir si la sentence contraire au droit international rendue par le tribunal de prises d'un belligérant peut, le cas échéant, être imposée aux défendeurs, il paraît plutôt décidé, d'une part, à refuser, hors les limites de l'Etat belligérant, force obligatoire aux jugements manifestement injustes, et, d'autre part, au titre de recours, à reconnaître

(1) Cette tendance de Bynkershoek me paraît ressortir de ce passage du ch. XXIV, p. 206 : *Sæpe et diligentius ea de re agitur, nam postquam* § 17 *Pact. comm. inter regem Galliæ et Ordines Generales* 27 avr. 1662 *convenisset, ne ullus esset repressaliarum usus, nisi denegata justitia, mox additur, hanc denegatam non censeri, nisi libellus, quo repressaliæ petuntur, etiam porrigatur legato ejus principis, contra cujus subditos is uti constitutum est, ut nempe is inquirere posset, an preces veritate nitantur, et, si nitantur, curare, ut intra quatuor menses læso jus dicatur. Sic, manente pace, ipsius principis est judicium de jure vel injuria quærelæ, et sic princeps, qui judicavit, litem suam facit.*

le droit de représailles à l'autre Etat protecteur de ses nationaux. — Dans ces conditions, s'il fallait apprécier la substance de cette triple remarque, l'on trouverait, sur les deux premiers points, les opinions du jurisconsulte en concordance avec les idées et le droit de son époque, et, sur le troisième, l'on pourrait juger sa solution, une fois de plus, doctrine de progrès et œuvre de précurseur.

Ce ne serait point une remarque nouvelle : à son heure et dans son domaine, par sa méthode, sa science et ses procédés, Bynkershoek fut, incontestablement, un de ces auteurs auxquels survivent leurs écrits et dont on dit, à juste titre, dans tous les ordres de littérature, que, sans leurs œuvres, la science serait moins riche et eût compté, pour ses destinées, une précieuse contribution de moins.

Joseph Delpech,
Chargé de cours à la Faculté de droit de
l'Université d'Aix-Marseille.

Wolff.

§ 1. — *Vie de Wolff. — Idée générale de son système.*

Christian-Frédéric de Wolff naquit à Breslau le 24 janvier 1679 ; il fit ses études dans le collège de cette ville, et il s'adonna tout d'abord avec une prédilection marquée aux mathématiques. De bonne heure, il connut le système de Descartes et fut fortement impressionné par la méthode du grand philosophe. Il conçut l'idée de pousser plus loin que ne l'avait fait Descartes, et jusque dans le domaine des sciences juridiques, l'emploi de la démonstration mathématique. Il fut chargé d'un enseignement à l'Université de Leipzig en 1702, puis à celle de Halle en 1707, sur la recommandation de son maître Leibnitz, dont il commença à vulgariser la doctrine. En 1721, accusé de propager des idées hérétiques et dangereuses, il fut chassé des Etats prussiens.

On raconte à ce propos que le roi Frédéric-Guillaume Ier s'informa à cette occasion de ce qu'était cette théorie de l'harmonie préétablie, dont on parlait beaucoup alors, et que Wolff était accusé d'enseigner à l'Université de Halle. Un courtisan lui répondit « que tous les soldats, selon cette doctrine, n'étaient que de pures machines, et que, quand quelques-uns désertaient, c'était une suite nécessaire de leur structure, et qu'on avait tort par conséquent de les punir, comme si on punissait une machine pour avoir pro-

duit tel ou tel mouvement ». Le roi se fâcha si fort sur ce rapport, qu'il donna ordre de chasser M. Wolff de Halle, sous peine d'être pendu s'il s'y trouvait encore au bout de vingt-quatre heures (1) ». Wolff se rendit dans l'Etat de Hesse-Cassel, où il fut chargé d'enseigner les mathématiques et la philosophie à l'Université de Marbourg, avec le titre de conseiller de Cour du Landgrave de Hesse. En 1741, après l'avènement de Frédéric II, il fut rappelé en Prusse, où sa chaire lui fut rendue. Il mourut en 1754.

Ses ouvrages sont très nombreux. Nous ne citerons que ceux qui ont un caractère général :

1730-58 : *Philosophia prima, sive Ontologia.* Francfort, in-4.

1731-59 : *Cosmologia generalis.* Francfort, in-4.

1732-60 : *Psychologia empirica.* Francfort, in-4.

1734-61 : *Psychologia rationalis.* Francfort, in-4.

1736-62 : *Theologia naturalis.* Francfort, 2 vol. in-4.

1738-63 : *Philosophia practica universalis,* Francfort, 2 vol. in-4.

1740-48 : *Jus naturæ methodo scientifica pertractatum.* Francfort, 8 vol. in-4.

1749-65 : *Jus Gentium methodo scientifica pertractatum.* Francfort, in-4.

1750-66 : *Institutiones juris naturæ et gentium.* Francfort, in-8° (abrégé du grand ouvrage).

1750-67 : *Philosophia moralis, sive Ethica.* Francfort, 5 vol. in-4.

On ne peut dire que Wolff ait été un esprit d'une très puissante originalité. En philosophie, il fut l'élève et le fidèle disciple de Leibnitz, malgré l'admiration que lui avait tout d'abord inspirée le système de Descartes. Mais ce fut un leibnitzien en quelque sorte timide, qui s'efforça surtout

(1) Cette anecdote est relatée par WHEATON, *Histoire des progrès du Droit des gens,* 2e éd., t. I, p. 227.

de populariser la doctrine du maître, en la dépouillant de ce qu'elle contenait de trop personnel, de trop original, de trop propre à froisser les idées communes. L'influence des conceptions métaphysiques de Leibnitz est très sensible dans le système de Wolff ; mais elle se laisse un peu trop deviner : ces conceptions sont parfois un peu trop voilées, et peut-être l'œuvre y perd-elle quelque peu de sa solidité, de sa force, même de sa clarté. On ne peut contester néanmoins que Wolff ait été un esprit des plus vigoureux en même temps qu'un travailleur infatigable, et que son système représente une puissante construction d'idées.

Malheureusement, son grand ouvrage, le *Jus Naturæ methodo scientifica pertractatum*, est d'une lecture laborieuse, et l'abus de la démonstration mathématique, dans un domaine qui ne comporte guère l'emploi de ce procédé, a surtout pour effet d'alourdir l'exposition de la doctrine. Wolff sentit lui-même le besoin de simplifier cette exposition et de la présenter sous une forme plus claire. L'unité de son système se laisse beaucoup mieux apercevoir dans ses *Institutiones juris naturæ et Gentium* que dans son grand ouvrage.

Le droit des gens, qui forme l'objet de cette étude, est fondé dans le système de Wolff sur une certaine notion du droit naturel, basée elle-même sur une conception philosophique du droit en général qu'il importe d'indiquer. La marche suivie par Wolff est la suivante. L'idée directrice du système est que la source de tout droit réside dans la nature humaine. C'est donc par une analyse de la nature humaine qu'il importe de commencer. On montrera par cette analyse comment l'homme peut se trouver naturellement obligé, et comment il peut avoir des droits. Ces droits seront déduits de la seule qualité d'être humain ; ils ne supposeront pas l'existence d'un pouvoir extérieur qui commande aux individus et qui puisse les contraindre.

A un second stade nous trouverons la société constituée. Au droit naturel se superposera un droit d'origine sociale,

basé sur la volonté de cet être plus complexe qui est la société. Mais cet être lui-même n'est qu'un produit de la volonté humaine ; et le pouvoir qu'il a d'obliger n'est qu'un corollaire de la faculté qu'ont les individus de s'obliger entre eux dans l'état de nature : de sorte que la transition s'opérera sans solution de continuité.

Enfin à un troisième stade nous verrons les diverses sociétés civiles unies en une société unique avec laquelle elles se trouveront dans le même rapport que les individus avec la société civile dont ils font partie. Et leurs relations entre elles seront régies par le droit des gens.

Droit naturel, droit civil, droit des gens, telles sont donc les trois étapes à parcourir. Nous n'analyserons que le droit des gens, mais nous avons à montrer comment il puise ses racines dans le droit de la nature.

Recherchons donc tout d'abord comment de la nature humaine, envisagée d'une manière abstraite, et indépendamment de tout lien social, se déduit une série d'obligations et de droits. L'homme est un être libre, c'est-à-dire dont la volonté est susceptible de se déterminer elle-même, et de produire des actions dont la cause est indépendante de la nature. Toutes ses actions ne sont cependant pas des actions libres. Ses actions, soit externes, c'est-à-dire celles qui se manifestent par des mouvements du corps ou de quelques-uns de ses organes, soit internes, c'est-à-dire celles qui ne sortent pas du domaine de la conscience, comme les pensées, les réflexions, les méditations, sont les unes libres, les autres naturelles, c'est-à-dire déterminées d'une manière nécessaire par l'essence soit de l'âme, soit du corps (1). L'homme est ainsi un être complexe, à la fois placé dans le monde des phénomènes dont il subit les lois, et participant, d'autre part ,dans une certaine mesure, à une sorte de monde supra-naturel où il est cause libre de ses actes.

(1) V. *Inst.*, § 1 et suiv.

La liberté est d'ailleurs susceptible de degrés. Elle peut se combiner dans des proportions variables avec la causalité naturelle. La volonté de l'individu peut subir avec plus ou moins de force la pression des choses extérieures. L'action humaine peut être de propos délibéré ; elle peut être encore entièrement libre, quoique sans délibération préalable ; elle peut être involontaire ; elle peut être contrainte (1).

En établissant la liberté humaine, on pose par là même la question de savoir si cette liberté a des lois. Comment la volonté de l'homme, capable de se déterminer elle-même, indépendamment de toute cause extérieure, peut-elle se trouver obligée ?

L'obligation est, dans le système de Wolff, basée sur la notion du bien et du mal, à l'inverse de ce qui aura lieu dans le système de Kant, et la notion du bien et du mal s'appuie elle-même sur l'idée de perfection. La perfection consiste dans l'accord ou l'harmonie des diverses parties constitutives d'une même chose, d'un même être, en vue de la fin que cette chose ou que cet être est destiné à réaliser. « Ainsi la perfection d'une montre consiste dans l'aptitude qu'elle a, par sa structure, d'indiquer exactement l'heure et ses parties (2) ». Le défaut de convergence des éléments constitutifs d'une chose en vue d'une fin unique constituera au contraire l'imperfection. « Ainsi l'œil est imparfait, s'il se trouve dans sa structure des choses qui empêchent que l'image des objets ne se peigne nettement et clairement sur la rétine (3). »

Or, l'homme, ainsi que nous l'avons vu, est un être complexe, pour partie soumis à l'empire de la nécessité, pour partie cause libre de ses actes. Si on l'envisage sous le premier aspect, ses diverses facultés, physiques ou mentales,

(1) Voir sur ces distinctions, *Inst.*, §§ 4-6.
(2) *Inst.*, § 9.
(3) *Inst.*, § 10.

concourent à une certaine fin. On sait le rôle que joue la finalité dans le système de Leibnitz, dont Wolff ne cesse de s'inspirer.

Si donc on applique les définitions que nous venons de donner, on verra clairement que pour qu'il y ait perfection de l'être humain envisagé dans sa totalité, et non plus sous l'un de ses deux aspects isolément, il faut qu'il y ait harmonie, tendance vers une même fin, entre les actes qui relèvent de son libre arbitre et ceux qui n'en relèvent pas, de même qu'il y a harmonie entre ses déterminations naturelles. On peut donc poser en principe que « les actions libres déterminées par les mêmes raisons finales que les naturelles, tendent à la perfection de l'homme et de son état », et que « celles qui sont déterminées par des raisons finales différentes, tendent nécessairement à son imperfection (1) ».

Ce critérium de la perfection et de l'imperfection nous fournit une base pour la distinction du bien et du mal. Les actions qui tendent à la perfection de l'homme sont bonnes, celles qui tendent à son imperfection sont mauvaises (2). Ici encore nous retrouvons l'influence de la philosophie de Leibnitz. Les actions bonnes sont telles en ce sens qu'elles offrent en elles-mêmes un motif naturel d'être voulues, qu'elles sont naturellement désirables, et cela parce que tout être tend naturellement à réaliser la perfection, c'est-à-dire l'harmonie. « La nature de l'homme est telle, qu'il aime le bien et qu'il hait le mal (3). » C'est sur cette tendance naturelle vers la perfection qu'est basée l'appréciation de la qualité morale des actions humaines. Sur ce point encore le système que nous analysons se trouvera en opposition absolue avec celui de Kant, dans lequel la qualité bonne ou mauvaise des actions est entièrement indépenpendante du fait que leur but est ou n'est pas désirable.

(1) *Inst.*, § 11.
(2) *Inst.*, § 12 et suiv.
(3) *Inst.*, § 15.

La notion du bien et du mal nous mène à celle de l'obligation. Nous venons de voir comment les actions bonnes s'imposent en quelque sorte d'elles-mêmes à la volonté de l'agent, lorsqu'il suit la tendance naturelle de tous les êtres vers la perfection L'obligation n'est autre chose que la conscience qu'éprouve le sujet de la raison pour laquelle l'action bonne s'impose ainsi à sa volonté, autrement dit de la nécessité morale où il se trouve de se déterminer dans tel ou tel sens, parce que cette détermination est seule conforme au but que poursuivent consciemment ou inconsciemment tous les êtres et qui est leur perfectionnement (1).

De la notion de l'obligation nous passons à celle du droit. C'est la première qui est la notion primitive, originaire ; celle du droit n'est qu'une notion dérivée. L'obligation peut être conçue indépendamment du droit ; la réciproque n'est pas vraie. Le droit n'est autre chose que la faculté de faire les actes nécessaires pour accomplir l'obligation naturelle, ou de se servir des choses sans lesquelles nous ne pourrions satisfaire à cette obligation. Par cela seul que la nature nous oblige à certaines fins, elle nous autorise à user des moyens nécessaires pour les atteindre ; c'est cette autorisation qui constitue le droit. C'est ainsi, par exemple, que nous avons droit à l'usage de la nourriture, parce que nous sommes obligés de conserver notre corps (2).

On comprend par là comment les hommes peuvent avoir des droits les uns contre les autres dans l'état de nature. Quiconque, en effet, met obstacle à l'accomplissement de notre obligation naturelle, lèse notre droit ; et nous sommes autorisés à employer au besoin la force pour nous préserver de cette lésion.

De la même notion d'obligation nous déduirons encore celle de loi (3). Dire que nous sommes obligés, c'est dire

(1) *Inst.*, § 35-37. On peut négliger, comme sans intérêt, la distinction établie par Wolff entre l'obligation active et l'obligation passive.

(2) *Inst.*, § 46.

(3) *Inst.*, § 39.

qu'il existe des règles suivant lesquelles nous sommes tenus de déterminer nos actes. Nous venons de voir comment nous sommes obligés dans l'état de nature. Il existe donc une loi naturelle. Elle est immuable et nécessaire comme la nature humaine elle-même. Il est vrai qu'elle peut aussi, en un certain sens, être considérée comme émanant de la volonté divine, puisque la nature humaine a Dieu pour auteur.

Une remarque est suggérée par l'exposé qui précède. Nous avons vu que la morale de Wolff, inspirée par le système de Leibnitz, et toute pénétrée de l'optimisme qui est un des caractères essentiels de cette philosophie, se résume en définitive dans le devoir pour l'homme de mettre ses actions libres en harmonie avec les suggestions de la nature, d'obéir à la tendance naturelle qui pousse tout être à se conserver et à se développer. Il semble dès lors que la loi morale ne soit, dans cette doctrine, qu'une loi d'égoïsme. Tout au plus l'individu doit-il s'abstenir de léser ses semblables. Mais il ne paraît pas qu'il y ait place dans ce système pour la bienfaisance active et pour l'altruisme.

Wolff écarte l'objection en observant que l'expérience nous montre l'individu incapable de se suffire à lui-même pour développer comme il doit le faire ses facultés et sa personnalité. Chaque homme doit donc joindre ses forces à celles des autres pour contribuer au perfectionnement de tous, puisque cette coopération est indispensable pour réaliser ce perfectionnement. Tel est le fondement des devoirs d'humanité. Mais, d'une part, ces devoirs ne sont qu'une conséquence de ceux de l'individu envers lui-même ; ils n'ont de raison d'être qu'à titre de moyens nécessaires pour lui permettre de réaliser ces derniers. Et, d'autre part, ils sont primés par eux. L'homme ne doit travailler au perfectionnement d'autrui, qu'autant qu'il peut le faire sans nuire à son propre perfectionnement (1).

(1) *Inst.*, § 44.

Cette remarque va servir de base à une distinction qui joue, dans le système juridique de Wolff, un rôle assez important, et qui trouvera son application dans les rapports des nations : celle des *droits parfaits* et des *droits imparfaits*. En effet, nous ne sommes tenus de rendre service à autrui, qu'autant que nous pouvons le faire sans nous nuire à nous-mêmes. Mais c'est là une question dont nous sommes seuls juges ; nous seuls pouvons apprécier l'étendue de nos ressources, de nos facultés, et ce que nous sommes en mesure de faire sans nous causer à nous-mêmes un préjudice. Décider le contraire, ce serait autoriser des inquisitions contraires à la liberté naturelle de tous les hommes. De là il suit que « lorsqu'il s'agit des devoirs d'humanité, c'est à celui de qui on les attend de juger s'il est en son pouvoir de les rendre, et qu'il faut s'en tenir à son jugement (1) ».

Un homme ne peut donc être légitimement contraint à l'accomplissement des devoirs d'humanité. L'obligation d'exécuter ces devoirs est une obligation *imparfaite*, c'est-à-dire dépourvue de sanction. L'obligation est parfaite ou imparfaite, suivant que l'on peut ou non contraindre celui qui en est tenu à l'exécuter. A cette distinction correspond tout naturellement celle des droits parfaits et des droits imparfaits (2). Dans la terminologie adoptée par Wolff, cette opposition est encore marquée par l'antithèse des expressions « juste » et « équitable », « injuste » et « inique » (3).

Nous avons donc deux espèces de droits. Le droit de nous préserver contre les lésions, contre les injures, et tous ceux qui en dérivent, basés d'une manière immédiate sur l'obligation fondamentale de vivre, de nous conserver, de nous développer, sont des droits parfaits : nous sommes autorisés à les défendre par la force. D'autre part, nous

(1) *Inst.*, § 79.
(2) *Inst.*, § 80.
(3) *Inst.*, § 83.

avons un certain droit à l'assistance de nos semblables. Mais ce droit est subordonné au bon vouloir d'autrui. Nous avons un droit parfait de demander cette assistance ; nous n'avons qu'un droit imparfait de l'obtenir (1).

Mais nous avons un moyen de transformer ce droit imparfait en un droit parfait : ce moyen, c'est le contrat (2). Il nous permet d'obliger parfaitement les autres hommes à des prestations ou à des services auxquels auparavant ils ne pouvaient être tenus tout au plus qu'imparfaitement envers nous. Par là nous pouvons avoir des droits parfaits *acquis*, par opposition aux droits primordiaux que l'on peut considérer comme *innés* (3).

Nous avons montré comment les hommes peuvent avoir dans l'état de nature des droits et des obligations réciproques, et comment le domaine de ces obligations et de ces droits, issus de la loi naturelle, peut être élargi d'une manière en quelque sorte indéfinie au moyen du contrat. Le droit civil ne sera qu'une forme de cette extension.

Dans l'état de nature, les hommes sont égaux, parce qu'ils sont soumis à des obligations identiques, et ils sont libres parce qu'ils sont égaux ; si, en effet, A avait un droit sur les actions de B, l'égalité voudrait que B eût un droit semblable sur les actions de A, ce qui est absurde. Dans l'état social, au contraire, nous voyons l'individu soumis à un pouvoir extérieur qui a le droit de lui commander, de déterminer ses actions par une contrainte matérielle. Comment l'existence de ce pouvoir, que Wolff appelle d'une manière générale l'*empire*, se concilie-t-elle avec la liberté naturelle ?

C'est par l'intermédiaire du contrat que s'opère la conciliation. L'empire naît de la société, et la société du

(1) *Inst.*, § 82.
(2) V. notamment *Inst.*, § 97.
(3) *Inst.*, § 100.

contrat ou du quasi-contrat. « La société en général est une convention ou quasi-convention au sujet d'un but ou d'une fin à laquelle on se propose de parvenir en réunissant ses forces » (1). Cette définition est aussi large que possible ; elle englobe toutes les espèces de sociétés.

Les différences entre les sociétés résultent du but poursuivi. Mais leur caractère commun, c'est l'union des forces de plusieurs en vue d'une certaine fin, et l'obligation contractée par chaque associé de faire ce qu'il pourra, conformément au pacte conclu, pour parvenir à cette fin. De cet engagement naît, au profit de tous les associés conjointement, un droit sur les actions de chacun d'eux. Ce droit est parfait, puisqu'il a sa source dans une convention ou dans une quasi-convention ; il est accompagné d'un pouvoir de contrainte dont la mesure n'est déterminée que par le but de l'association. C'est à la collectivité des associés qu'il appartient de juger souverainement des moyens nécessaires pour atteindre ce but (2). C'est à l'aide de cette idée que Wolff justifie, en l'appliquant à la société politique, la maxime d'après laquelle « le salut public est la loi suprême », de sorte que si le salut public l'exige, la société ou ses organes pourront disposer de la fortune et même de la personne des citoyens.

Les lois civiles puisent ainsi leur autorité dans le consentement, explicite ou présumé, des membres de l'association. Les lois ne sont autre chose que « les conventions des associés, touchant les choses qui doivent se faire toujours de la même manière, pour parvenir au but » (3). Toute société a le droit et le devoir de faire des lois. Elle ne doit pas en souffrir la transgression ; et elle a le droit de punir ceux qui les enfreignent.

Nous ne suivrons pas Wolff dans son étude des différentes

(1) *Inst.*, § 836.
(2) *Inst.*, § 836.
(3) *Inst.*, 846.

espèces de sociétés, et en particulier de la famille, la plus importante après la société civile. Il nous suffit de noter que la société civile elle-même, celle en qui réside le pouvoir souverain, l'empire public, est aussi d'origine contractuelle, et que les déductions établies au sujet des sociétés en général lui sont applicables. Son but n'est pas essentiellement différent de celui de la société domestique. Si elle s'est constituée, c'est « parce que la famille ne peut se suffire à elle-même pour se pourvoir des choses qui servent à la nécessité, à la commodité, à l'agrément et à la félicité de la vie, ni pour pouvoir jouir tranquillement de son droit, obtenir des autres assez sûrement ce qu'ils lui doivent, et se défendre elle-même et défendre ses biens contre la violence (1) ». Suppléer à cette impuissance du groupe trop restreint de la famille, par une mise en commun plus considérable de forces, tel est le but de la société civile. « Il a dû se former des sociétés civiles par la convention des hommes (2) ». « Une multitude d'hommes associés pour former une société civile », s'appelle un peuple, ou une nation (3). L'arrangement de la société civile constitue l'Etat (4).

Une autre idée très importante doit être aussi retenue de cette analyse: c'est que la société consistant dans une réunion des forces des associés, en vue de poursuivre d'une façon plus complète les fins que la nature assigne à l'individu, doit être assimilée à une personne (5). Cette espèce de fiction va servir de base au droit des gens tout entier.

§ II. — *Le droit des gens.*

Nous avons vu comment, d'une part, il existe un droit

(1) *Inst.*, § 972.
(2) *Inst.*, § 972
(3) *Inst.*, § 974.
(4) *Inst.*, § 973.
(5) *Inst.*, § 850. Cf. § 977.

naturel indépendamment de toute société constituée, et comment, d'autre part, l'existence d'un pouvoir social, et du droit civil auquel il donne naissance, se concilie avec le droit naturel. Le droit des gens repose sur les mêmes principes. Pour l'établir, on appliquera aux rapports des nations ce qui a été dit des rapports des individus.

Les nations, en effet, doivent être considérées dans leurs relations entre elles, comme des personnes libres vivant dans l'état de nature (1). De là il résulte qu'il existe pour elles, comme pour les individus, une loi naturelle, d'où découlent les mêmes obligations et les mêmes droits fondamentaux. Ce système de droits et d'obligations constituera le droit des gens naturel ou nécessaire (2).

Mais si les nations sont assimilables à des personnes isolées et libres, à un autre point de vue elles doivent être envisagées comme les membres d'une société plus vaste, englobant le genre humain tout entier, et que Wolff appelle la Grande Cité, la *Civitas maxima* (3). Cette conception, qui constitue le trait le plus original du système du droit des gens de Wolff, l'auteur s'efforce de la présenter, non comme une création arbitraire, mais comme une déduction logique des principes précédemment posés. La même raison, en effet, qui nécessite l'association entre les hommes, la nécessite entre les peuples. Puisque les nations sont assimilées à des individus, de même que ceux-ci sont obligés de s'unir et de coopérer entre eux pour se perfectionner et perfectionner leur état, de même les nations doivent sortir de leur état d'isolement et joindre leurs forces, pour atteindre les fins que la loi naturelle leur impose. Il existe donc entre elles une société naturelle, à laquelle chacune est présumée consentir, et qui repose ainsi, comme les autres sociétés, sur un quasi-pacte (4).

(1) *Jus Gentium*, *Prolegomena*, § 2.
(2) *Inst.*, § 1088. *Jus gentium*, *Prolegomena*, § 4.
(3) *Inst.*, § 1090. — *Jus Gentium*, *Prol.*, §§ 9 et 10.
(4) *Inst.*, § 1090. — *Jus Gentium*, *Prol.*, § 9.

L'existence de cette *civitas maxima* étant ainsi posée, il en résulte qu'elle aura, comme toutes les sociétés, le droit de légiférer, c'est-à-dire d'imposer à ses membres les règles de conduite rendues nécessaires par le but poursuivi en commun (1). Ce but, c'est le bien-être général (2) ; mais il appartient à la collectivité des associés de déterminer souverainement les moyens par lesquels ce but sera poursuivi (3). Seulement la difficulté est de savoir par quels organes s'exprimera cette volonté collective des nations, qui doit faire la loi pour chacune d'elles. Dans un Etat populaire, c'est la volonté de la majorité qui décide. Appliquera-t-on cette loi de la majorité aux rapports des peuples entre eux ? Mais encore faut-il que cette volonté de la majorité se manifeste ; cela implique des réunions populaires, des délibérations, des votes ; rien de pareil n'existe entre les nations. Comment y suppléer ? Wolff a recours à une fiction. Il explique que les fictions sont nécessaires, et que les sciences de la nature elles-mêmes ne peuvent s'en passer (4). Il imagine donc un chef de la Grande Cité, qui serait investi du pouvoir législatif, et qui suivrait en tout les inspirations de la raison. Ce sont les décisions de ce chef d'Etat hypothétique qui constitueront la législation de la Grande Cité (5).

Cette législation, Wolff l'appelle le *Droit des gens volontaire* (6). Ses rapports avec le droit des gens *naturel* ou *nécessaire* sont les mêmes que ceux du droit positif des nations isolément considérées avec le droit naturel. Il n'est point l'œuvre du hasard ou du caprice ; son titre ne doit pas à cet égard faire illusion. Le droit des gens volontaire et le droit des gens nécessaire ne peuvent être l'un et l'autre

(1) *Inst.*, § 1090. — *Jus Gentium*, *Prol.*, § 11.
(2) *Jus Gentium*, *Prol.*, § 12.
(3) Cf. *Inst.*, § 836.
(4) *Jus Gentium*, *Prol.*, § 21.
(5) *Jus Gentium*, *Prol.*, § 21.
(6) *Jus Gentium*, *Prol.*, § 22.

construits que par la raison. La seule différence qui les sépare, est qu'ils n'envisagent pas les nations sous le même point de vue. Le second les considère comme des êtres isolés et libres, le premier, comme les membres d'une même société.

Aux deux sources du droit des gens que nous venons d'indiquer il faut en ajouter deux autres : les conventions et les coutumes. Seulement ces deux dernières sources, à la différence des deux premières, n'ont qu'une autorité limitée. Les contrats n'obligent que les personnes qui y ont été parties, et ce principe est applicable aux nations. Il en est de même de la coutume. Sa force obligatoire n'est fondée, en dernière analyse, que sur une sorte de pacte tacite. Elle ne lie donc que les nations entre lesquelles existe l'usage constant (1).

Il existe ainsi un droit des gens naturel, un droit des gens volontaire, un droit des gens conventionnel et un droit des gens coutumier. Dans cette division, Wolff se prétend en dissentiment avec Grotius sur la terminologie beaucoup plus que sur le fond des choses (2). Grotius ne nie pas l'existence du droit des gens volontaire tel que le conçoit Wolff ; seulement, il le confond avec le droit des gens naturel sous la désignation commune de droit des gens interne. Et ce qu'il appelle droit des gens volontaire, c'est celui qui est fondé sur la coutume, dont Grotius n'a pas suffisamment aperçu l'autorité toute relative et la contradiction fréquente avec le droit qui puise sa source dans la raison.

La division quadripartite qui vient d'être indiquée peut, si l'on veut, se ramener à deux termes : le droit des gens *naturel* et le droit des gens *positif*. Ce dernier comprendrait le droit des gens volontaire, le droit des gens conventionnel et le droit des gens coutumier. Tous les trois

(1) *Jus Gentium*, *Prol.*, §§ 23 et 24.
(2) *Inst.*, § 1090 et préface du *Jus Gentium*.

se séparent du premier par ce caractère commun, qu'ils sont basés sur le consentement des nations : consentement présumé dans le premier cas, exprimé dans le second, tacite dans le troisième (1).

Wolff ne se propose pas d'étudier séparément les quatre espèces du droit des gens qu'il a distinguées. Mais il prend pour base de son exposition le droit des gens nécessaire, se réservant de montrer à l'occasion comment il a été ou doit être modifié par le droit des gens volontaire, conventionnel ou coutumier (2).

Nous avons fait connaître les assises du droit des gens dans le système de Wolff. Il nous reste à indiquer les applications les plus intéressantes de la méthode.

Devoirs des nations envers elles-mêmes.

Sur les devoirs des nations envers elles-mêmes il y a peu de chose à dire. Ils se résument dans les deux devoirs fondamentaux de se conserver et de se perfectionner, communs d'ailleurs aux nations et aux individus (3).

Par suite, les nations doivent travailler à mériter de la gloire (4). Et comme la renommée d'une nation n'est faite que de celle des citoyens qui la composent, ceux-ci doivent rapporter leurs actions à la gloire de leur pays.

Les nations doivent s'efforcer d'être éclairées et civilisées (5). Eclairées, c'est-à-dire cultiver les vertus intellectuelles, les sciences. Civilisées, c'est-à-dire avoir des mœurs douces et conformes à la raison.

Elles doivent travailler à devenir puissantes, sans pour

(1) *Jus Gentium Prol.*, § 25.

(2) *Jus Gentium Prol.*, § 26.

(3) *Inst.*, § 1093 et 1094. — *Jus Gentium*, §§ 28, 29, 31, 33, 32, 34, 37.

(4) *Inst.*, § 1097. — *J. G.*, §§ 43-46, 50.

(5) *Inst.*, § 1097. — *J. G.*, §§ 52-55.

cela pouvoir léser les droits des autres (1). Si une nation ne se trouve pas par elle-même assez puissante, elle peut se placer sous la tutelle d'une autre nation plus forte. Elle n'a pas un droit parfait d'obtenir cette tutelle ; mais elle peut acquérir ce droit parfait par un traité. Ainsi se justifie le protectorat. Il comporte un assujettissement partiel de la puissance protégée ; cet assujettissement peut être plus ou moins étendu, et les droits respectifs des parties dépendent du traité qu'elles ont conclu (2).

Devoirs des nations entre elles.

Quant aux devoirs des nations les unes envers les autres, ils se déduisent des mêmes principes qui ont été exposés pour les individus. Chaque nation doit aux autres les mêmes prestations, les mêmes services qu'elle se doit à elle-même, mais à une condition, qu'elle puisse accomplir ces prestations ou rendre ces services sans nuire aux devoirs dont elle est tenue envers elle-même en premier lieu. Chaque nation n'a qu'un droit imparfait à l'assistance des autres ; mais elle a un droit parfait de la demander ; et elle pourra acquérir un droit parfait à cette assistance au moyen de traités (3).

Wolff rattache à ces principes le droit de commerce mutuel (4). Il y a entre les nations une obligation de commerce, mais qui est imparfaite et qui ne devient parfaite que par des conventions. En l'absence de celles-ci, la faculté de commerce mutuel entre les sujets de deux nations, résultant d'une permission expresse ou tacite, ne constitue qu'une pure tolérance toujours révocable. S'il existe un traité, les clauses de ce traité font la loi des parties, et la faculté de commercer existe dans la mesure

(1) *Inst.*, § 1102. — *J. G.*, §§ 69-72.
(2) *Int.*, § 1102. — *J. G.*, §§ 80-84.
(3) *Inst.*, § 1108. — *J. G.*, § 156 et suiv. *Adde*, §§ 264-268 et 271-273.
(4) *Int.*, § 1110-1112. — *J. G.*, § 187 et suiv.

où elle a été concédée. Elle peut être restreinte, soit quant au temps, soit quant au genre de trafic, soit de toute autre manière.

Une nation n'a pas, en principe, le droit de s'opposer au commerce mutuel de deux autres nations. Elle ne le peut pas, alors même qu'il s'agirait d'un commerce nouveau qui la priverait d'un débouché dont elle jouissait auparavant. Même dans le cas où une nation traite avec une autre, pour que celle-ci vende à elle seule certaines choses qu'on ne peut tirer que de chez elle, les nations tierces n'ont pas le droit de se plaindre. Cependant une nation s'attribue ainsi un véritable monopole, mais cela est licite ; elle sera seulement obligée naturellement de revendre à un prix raisonnable aux autres nations les produits dont elle monopolise l'achat ; mais elle est seule juge de ce qu'il faut entendre par « prix raisonnable ».

Une nation ne peut acquérir le droit de s'opposer au commerce mutuel de deux autres nations que par un traité.

Au devoir de commerce mutuel se relie le devoir pour les nations de favoriser le commerce par un certain nombre de mesures (1). Il faut établir des marchés, fortifier les ports, faire en sorte que les vaisseaux y soient en sûreté contre les tempêtes, accorder aux négociants des privilèges propres à faciliter le commerce, tels que la permission d'habitation perpétuelle, celle de posséder des immeubles sur le territoire du pays, le libre exercice de leur religion, la faculté de suivre entre eux les lois de leur patrie, de ne point payer de péages ou de ne payer que des droits inférieurs aux droits ordinaires. Wolff condamne, ou du moins n'admet que lorsqu'il est justifié par des raisons exceptionnelles, le droit d'étape, c'est-à-dire le droit d'arrêter les étrangers qui passent sur un fleuve public avec des marchandises, pour les obliger à les vendre ou à payer tribut.

(1) *Inst.*, § 1114-1117. — *J. G.*, § 216 et suiv.

Quant aux consuls, une nation ne peut acquérir un droit parfait d'en établir chez les autres nations, qu'au moyen de traités (1).

Le devoir de chaque nation de travailler au perfectionnement des autres fait naître la question de savoir dans quelle mesure elle peut s'immiscer dans leurs affaires intérieures. C'est le problème de l'intervention (2). Le principe qui domine, c'est que le devoir de contribuer au perfectionnement d'autrui est primé par celui de respecter sa liberté naturelle. Le droit à la liberté résulte en effet immédiatement de l'obligation naturelle fondamentale, celle de se conserver et de se perfectionner. Il est plus essentiel que le droit à l'assistance d'autrui, qui est un moyen en quelque sorte subsidiaire de réaliser cette obligation. Ces principes sont applicables aux nations comme aux individus.

Une nation ne peut donc intervenir dans le gouvernement d'une autre nation, par exemple lorsque le souverain de cette autre nation se montre tyrannique, cruel envers ses sujets, qu'en intercédant pour eux, ou en adressant des remontrances au prince qui viole les lois de l'humanité ; mais elle ne peut recourir à la force. L'intervention armée est en principe condamnable comme contraire à la liberté naturelle des nations.

On doit s'inspirer des mêmes idées dans la détermination délicate de la conduite à tenir à l'égard de peuples d'une civilisation inférieure ou simplement différente. Il faut s'efforcer de développer la civilisation et la culture chez le peuples barbares. Mais nous n'avons pas le droit de leur imposer nos idées et nos mœurs par la violence. Nous ne sommes pas autorisés à travailler au perfectionnement d'autrui contre son gré (3).

Il faut de même respecter la liberté religieuse des autres nations. « Aucune nation n'a le droit d'en subjuger une

(1) *Inst.*, § 1118.
(2) *Inst.*, §§ 1121-1123. — *J. G.*, § 255 et suiv.
(3) *J. G.*, §§ 167-169.

autre pour cause de religion (1). » Une nation ne saurait être tenue de recevoir les missionnaires étrangers (2).

Notons enfin que la différence de religion n'autorise pas une nation à se dispenser de rendre à une nation étrangère les devoirs d'humanité dans la mesure où elle les lui doit. Moins encore la dispense-t-elle de l'accomplissement d'une obligation parfaite contractée (3).

Le domaine des nations.

Après avoir ainsi considéré les nations dans leurs rapports généraux entre elles, et dans leurs devoirs fondamentaux les unes envers les autres, Wolff les envisage dans leurs rapports avec les choses, et dans leur aptitude à posséder un domaine. L'individu peut acquérir par occupation la propriété des choses qui n'ont été encore appropriées par personne, et dont il a besoin, parce que l'acquisition des choses qui lui sont d'un usage nécessaire est, pour l'homme, le seul moyen de satisfaire à l'obligation naturelle (4). Le droit d'une nation d'acquérir par occupation n'est qu'une conséquence de celui de l'individu. Lorsque plusieurs personnes occupent une chose conjointement, comme il n'y a pas de raison pour que le droit de l'une annihile le droit des autres, cette chose devient leur propriété commune. Or, les nations ne sont que des groupes de personnes associées. Lorsqu'une nation occupe un territoire sans maître, elle acquiert donc le domaine sur ce territoire (5). Il en est ainsi alors même qu'il s'agit d'une île ou d'une terre inhabitée très éloignée de cette nation (6).

Si la terre ferme, est, dans les rapports internationaux,

(1) *Inst.*, § 1122.
(2) *Inst.*, § 1122. — *J. G.*, § 262.
(3) *Inst.*, § 1123.
(4) *Inst.*, §§ 183, 192, 194, 209 et 220.
(5) *J. G.*, § 274. — *Inst.*, § 1125.
(6) *Inst.*, § 1126.

susceptible d'acquisition par occupation, et s'il en est de même des fleuves (1), il en est autrement de la haute mer (2). Wolff en donne deux raisons. La première, c'est que l'usage de la haute mer, qui consiste dans la pêche et dans la navigation, est inépuisable (3). En usant de la mer, une nation ne met aucun obstacle à un usage semblable de la part des autres. Il n'y a pas de raison, par suite, pour qu'une nation s'arroge sur la mer un droit exclusif. La seconde raison, c'est qu'il est matériellement impossible qu'une action exerce sur la haute mer une occupation effective, c'est-à-dire qu'elle soit en mesure d'empêcher, en un point quelconque des océans, les citoyens des nations étrangères de se livrer à la navigation ou à la pêche (4).

Par exception, certaines parties de la mer peuvent être occupées. Ce sont celles qui avoisinent immédiatement le littoral, jusqu'à la limite où la nation cesse de pouvoir défendre efficacement son domaine. La raison en est que dans cette région limitée, d'une part, l'usage consistant dans la pêche et dans la récolte des produits naturels de la mer n'est pas inépuisable, d'autre part, la navigation, pratiquée par les autres nations, peut ne pas être sans péril pour celle qui occupe le littoral (5). Cette portion de la mer, susceptible d'occupation, est soumise à l'empire de la nation dont elle baigne les côtes, en même temps qu'à son domaine, assimilée à son territoire, et régie par ses lois (6).

Les choses qui composent le domaine d'une nation se répartissent d'ailleurs en plusieurs catégories. Il y a des choses communes : ce sont celles qui ne sont appropriées par aucune personne ni aucun groupe, qui restent la pro-

(1) Voir sur la condition juridique des fleuves qui séparent deux Etats, *J. G.*, § 106-110.

(2) *J. G.*, §§ 120 et suiv.

(3) *J. G.*, § 121.

(4) *J. G.*, § 127.

(5) *J. G.*, § 128.

(6) *J. G.*, §§ 129-132.

priété commune de tous les membres de la nation ; des choses publiques : ce sont celles qui appartiennent à la nation, mais non à ses membres par indivis, ceux-ci n'en ayant que l'usage commun ; les choses qui appartiennent aux communes ou à d'autres collectivités comprises dans la nation ; enfin celles qui appartiennent aux particuliers (1).

Le droit de la nation sur son territoire soulève la question de savoir si elle est obligée d'en accorder l'usage aux étrangers. Ici intervient ce que Wolff appelle « le droit à l'usage non nuisible des choses qui sont dans le domaine d'un autre » (2). C'est, suivant lui, un vestige de la communauté primitive. Le droit à l'usage nécessaire des choses étant un droit inné, corollaire de l'obligation naturelle, est immuable, et par suite n'a pu être aboli lorsqu'a disparu la communauté primitive et lorsque s'y est substituée la propriété individuelle. Celle-ci n'a donc pu s'introduire qu'avec cette restriction tacite, qu'on accorderait aux autres l'usage « non nuisible » au maître des choses qui sont dans son domaine. Du reste, le maître est seul juge du caractère « nuisible » ou « non nuisible » de cet usage. C'est dire que le droit dont il s'agit est subordonné à son bon vouloir, et qu'il est essentiellement imparfait.

Une nation doit de même permettre aux étrangers de séjourner sur son territoire pour un motif légitime, commercial, intellectuel ou autre (3). Mais il lui appartient d'apprécier si cet usage qu'elle accorde ainsi de son territoire lui est ou non nuisible. Elle peut l'interdire, elle peut aussi le subordonner à telles conditions qu'elle juge convenables. A moins qu'elle ne s'en soit autrement expliquée, elle est présumée ne consentir à l'admission des étrangers qu'à la condition que ceux-ci se soumettent au lois locales, et cette

(1) *J. G.*, § 88 et suiv.
(2) *Inst.*, §§ 310 et 311.
(3) *J. G.*, §§ 343-357.

soumisssion est générale ; elle s'étend aux lois pénales et aux lois civiles (1). Cependant les individus qui voyagent ou qui résident en pays étranger demeurent citoyens de leur patrie d'origine (2). Wolff en déduit qu'ils doivent faire leur testament conformément à la loi de leur domicile, avec cette réserve, cependant, que « comme une nation est obligée à reconnaître la juridiction d'une autre nation, un testament est valide comme judiciaire, s'il a été déposé au tribunal du lieu où il a été fait (3) ». Il admet aussi que le citoyen qui meurt en pays étranger a pour héritier celui qui doit lui succéder d'après les lois de sa patrie ; et il condamne le droit d'aubaine (4).

Des divers modes de solutions des différends entre les nations.

Sur la manière dont doivent se terminer les différends entre les nations, Wolff fait encore l'application de principes déjà établis pour les rapports des individus entre eux (5).

Il nous est permis de poursuivre notre droit par la force dans tous les cas, et seulement dans les cas où il est certain que ce droit nous appartient : en supposant, bien entendu, qu'il s'agisse d'un droit parfait. La poursuite par la force d'un prétendu droit qui, en réalité, n'existe pas, constitue une injure.

Entre ces deux hypothèses extrêmes se place le cas fréquent où l'existence du droit prétendu est douteuse. Chacun des deux litigants peut alors exiger que la situation soit éclaircie ; car si l'incertitude subsistait, chacun serait exposé à être dépouillé d'un droit qui lui appartient. Les causes douteuses doivent donc se terminer, ou par un

(1) *Inst.*, §§ 1131 et 1132. — *J. G.*, §§ 295-304.
(2) *J. G.*, § 324.
(3) *Inst.*, § 1137. — *J. G.*, § 326.
(4) *Inst.*, § 1138. — *J. G.*, § 327 et suiv.
(5) *Inst.*, § 790.

accommodement à l'amiable, ou par une transaction, ou par l'entremise de médiateurs, ou par un arbitrage, ou par le sort. Chacune des deux parties a le droit d'exiger que l'autre se prête à une solution du litige par l'un de ces procédés, et, en cas de refus, le droit de guerre lui appartient, mais ce droit n'existe ainsi qu'à titre subsidiaire. Quant au duel, « il n'est pas un moyen convenable de décider un différend », parce que « de ce que vous avez vaincu un autre dans un combat, il ne paraît point que la cause du vainqueur soit juste (1) ».

Ces principes du droit naturel peuvent être transportés dans le droit des gens. Entre les nations comme entre les individus, la guerre n'est légitime que comme moyen subsidiaire, pour vaincre la mauvaise volonté de l'adversaire à user des autres procédés de conciliation (2).

Indépendamment des solutions à l'amiable ou par voie de transaction, de médiation ou d'arbitrage, il pourra arriver qu'une nation obtienne justice sans recourir à la guerre. Se plaint-elle, tout d'abord, du traitement fait à ses nationaux par la loi d'un pays étranger, elle peut dans sa législation faire un traitement semblable aux nationaux de ce pays. Ce moyen, qui constitue la *rétorsion*, n'a rien de répréhensible. Il n'est que la mise en œuvre de droits qui sont les attributs certains de la souveraineté. Chaque Etat est maître de légiférer comme il l'entend pour les étrangers, et de ne leur accorder de droits que dans la mesure où il le juge convenable. Les nations sont d'ailleurs égales, et aucune ne peut se plaindre de ce qu'une autre use des droits dont elle use elle-même (3). Mais une nation peut aller plus loin : elle peut infliger aux sujets d'une nation étrangère un traitement qui, envisagé en lui-même, serait contraire au droit, mais qui devient légitime parce qu'il est employé en vue

(1) *Inst.*, § 789.
(2) *Inst.*, § 1159. — *J. G.*, § 572 et suiv.
(3) Voir sur la rétorsion *Inst.*, § 1161 et *J. G.*, § 584.

d'obtenir justice, de faire cesser une lésion. Si elle ne peut obtenir de cette nation étrangère ce qui lui est dû, ou ce qui est dû à ses nationaux, ou la réparation d'un mal illicite fait à ses nationaux, elle a le droit de se saisir des biens et même de la personne des sujets de cette nation. Ce sont les *représailles*, que Wolff appelle plus spécialement *androlepsie* lorsqu'elles portent sur les personnes (1). Elles dérivent du droit de punir, qui appartient aux nations comme aux individus dans l'état de nature, et qui est une conséquence du droit de défense (2). Elles se justifient, d'autre part, par le fait que dans les rapports des nations, les biens des sujets étrangers sont assimilés à ceux de la nation à laquelle ces sujets appartiennent, et engagés au besoin pour les dettes de celle-ci (3). Et comme la liberté naturelle des citoyens est du nombre de leurs biens, on peut les détenir, et les placer dans la condition d'otages forcés. Toutefois, en aucun cas leur vie ne peut être engagée ; leur liberté seule peut l'être.

Les représailles et l'androlepsie, employées pour faire valoir son droit, sont légitimes, et ne fournissent pas un juste motif de guerre à l'Etat contre lequel elles sont dirigées. Mais si ces procédés ne suffisent pas, il faut recourir à la guerre.

Le droit de la guerre.

Les considérations qui précèdent permettent de déterminer quelles sont les justes causes de guerre. Le droit de guerre entre les nations n'est qu'un corollaire du droit de guerre qui appartient aux particuliers dans l'état de nature, et il ne peut être employé que pour prévenir ou pour réparer une injure, c'est-à-dire une atteinte à un droit parfait (4).

(1) Sur les représailles et l'androlepsie, voir *Inst.*, § 1163 et suiv., et *J. G.*, §§ 583-595.

(2) *Inst.*, §§ 156 et 1160 cbn.

(3) *Inst.*, § 1162.

(4) *Inst.*, § 98. — *J. G.*, § 617.

La seule utilité n'est donc pas une juste cause de guerre (1). Ce n'est pas à dire qu'il faille ne tenir aucun compte des motifs utilitaires, mais ils ne doivent servir qu'à renforcer les raisons de droit ; ils ne sauraient suffire, en l'absence de celles-ci, à justifier la guerre (2). Si la guerre est entreprise à la fois sans juste cause et sans intérêt sérieux, elle est contraire, non seulement à la justice, mais à l'humanité, et celui qui en est l'auteur peut être traité comme un ennemi commun par toutes les nations (3).

Le seul accroissement de puissance d'une nation ne fournit pas aux autres une juste cause de guerre (4). Car toute nation a le droit et le devoir d'augmenter sa puissance, et de ce que cet accroissement lui donnera peut-être le moyen de léser le droit des autres, il ne résulte pas qu'elle en ait l'intention. D'où il suit qu'on ne doit pas entreprendre la guerre dans le seul but de conserver l'équilibre entre les nations (5). Le juste motif de guerre n'apparaîtra que s'il est évident qu'une nation a formé le dessein de subjuguer les autres, ou de troubler leur sûreté par des entreprises injustes.

Du principe général exposé plus haut, il résulte encore que la guerre ne peut être justement entreprise dans le seul but de punir une nation qui, sans léser le droit d'une autre, violerait le droit naturel, ou pécherait contre Dieu, ou ferait profession d'athéisme, ou de déisme, ou d'idolâtrie (6).

Quels sont, une fois la guerre déclarée, les droits des belligérants ? Wolff applique ici avec une logique inflexible la distinction de la guerre juste et de la guerre injuste. Tout est illicite de la part de celui qui fait une guerre in-

(1) *Inst.*, § 1171.
(2) *Inst.*, § 1171. — *J. G.*, §§ 622 et 628.
(3) *J. G.*, §§ 626 et 627.
(4) *Inst.*, § 1172 et *J. G.*, § 640 et suiv.
(5) Voir sur l'équilibre, *J. G.*, §§ 642-644.
(6) *J. G.*, §§ 637 et 638.

juste. Au contraire, celui qui a entrepris une guerre juste a le droit d'user de tous les moyens sans lesquels il ne peut obtenir son droit. Tel est le double principe qui domine la matière (1).

La première proposition est vraie d'une manière absolue. Tous les actes d'hostilité accomplis par celui qui fait une guerre injuste, soit contre les personnes, soit contre les biens, devront être assimilés à des actes de brigandage, et entraîneront les mêmes sanctions. La seconde ne doit pas être entendue comme conférant à l'auteur d'une guerre juste des droits illimités. Il est obligé de se borner aux moyens nécessaires pour repousser la violence de l'ennemi, son droit étant basé sur le droit de défense et ayant, par suite, la même étendue (2). Mais son obligation est imparfaite, parce qu'il est seul juge de la nécessité de tel ou tel moyen (3). Il y a cependant des procédés qui, sans aucun doute, sont condamnables, parce qu'ils ne sont pas commandés par le but à atteindre. Tels sont les actes d'hostilité dirigés contre la population inoffensive (4), le viol (5), le massacre des prisonniers (6), la mise à mort d'un ennemi qui ne résiste point (7), l'empoisonnement des fontaines (8), qui atteindrait, non seulement les belligérants, mais aussi les non combattants ; mais on peut, en vue de nuire à l'ennemi, corrompre les eaux de manière à les rendre impropres à la consommation, sans les empoisonner (9).

D'autre part, on peut employer contre l'ennemi tous les moyens propres à le réduire, même les moyens perfides.

(1) *Inst.*, §§ 1189 et 1190. — *J. G.*, 778 et 781 cbn.
(2) *Inst.*, § 1192. — *J. G.*, §§ 790 et 791.
(3) *J. G.*, § 783.
(4) *Inst.*, § 1192.
(5) *J. G.*, § 876.
(6) *Inst.*, § 1194.
(7) *J. G.*, § 875.
(8) *J. G.*, § 879 et *Inst.*, § 1206.
(9) *Inst.*, § 1207 et *J. G.*, § 880.

On peut le tuer par le poison (1), le faire mettre à mort par des assassins (2), employer des balles ou des flèches empoisonnées (3). Il n'est pas interdit non plus d'envoyer chez l'ennemi des espions (4). Tous ces moyens, permis à celui qui fait une guerre juste, deviennent illicites de la part de celui qui fait une guerre injuste. La loyauté ou la déloyauté du procédé envisagé en lui-même est, à cet égard, sans influence.

Ce qui précède concerne le droit de la guerre d'après le droit naturel ; mais ces règles subissent une certaine modification dans le droit des gens volontaire. Le double principe d'où nous avons déduit toutes les conséquences précédentes ne fournit pas, en effet, un moyen pratique de délimiter les droits respectifs des belligérants dans un cas donné. Sa mise en œuvre suppose que l'on sait de quel côté se trouve la juste cause. Or, le plus souvent il n'en est pas ainsi. Les deux belligérants prétendent l'un et l'autre être dans leur droit, et les autres nations n'ont guère qualité pour trancher le différend. Elles doivent, en vertu de la liberté naturelle des nations, permettre que chacun des belligérants s'en tienne à son propre jugement. Il en résulte que dans le droit des gens volontaire, la guerre sera, en vertu d'une sorte de fiction, réputée juste des deux côtés, et que les deux belligérants auront les mêmes droits que ceux qui, d'après le droit naturel, devraient être reconnus exclusivement à celui qui fait une guerre juste (5).

On peut en tirer cette conséquence au sujet des espions et des assassins. Chacun des deux adversaires a le droit d'en envoyer à l'autre, et chacun d'eux a le droit de punir ceux que son ennemi lui envoie (6).

(1) *J. G.*, § 877.
(2) *J. G.*, § 8 82.
(3) *J. G.*, § 878.
(4) *J. G.*, § 884.
(5) *Inst.*, § 1215. — *J. G.*, § 888, 889 et 890.
(6) Cf. *J. G.*, § 885.

La guerre étant entreprise pour la poursuite d'un droit, il faudrait, d'après la rigueur des principes, que le traité de paix contînt une sorte de sentence sur la justice de la cause débattue, qu'on donnât pleine satisfaction, sur le fond du litige, à celui des belligérants dont la prétention est reconnue conforme au droit et qu'on l'indemnisât de tous les dommages qu'il a soufferts pendant la guerre, ces dommages constituant autant d'injures par le seul fait que son adversaire faisait une guerre injuste. De son côté, celui qui obtient gain de cause ne saurait prétendre conserver rien de ce qu'il a conquis au delà de son dû.

Mais, dans la pratique, une mise en balance aussi précise des droits et des torts réciproques est impossible. On ne se prononce pas sur la justice de la cause. Le traité de paix n'est pas une sentence ; c'est une transaction. On procède par des concessions mutuelles, basées sur des raisons de convenance et non sur des raisons de droit. Tout traité de paix implique une amnistie, c'est-à-dire un oubli des injures qui ont pu motiver la guerre (1).

Le droit de la neutralité

Le droit de la neutralité est, dans le système de Wolff, dominé, comme le droit des gens presque tout entier, par la distinction de l'obligation parfaite et de l'obligation imparfaite.

Les nations, comme les individus, doivent s'entr'aider ; chacune doit aux autres ce qu'elle se doit à elle-même, pourvu qu'elle ne néglige pas ses devoirs envers elle-même. Elle doit, dans la mesure du possible, contribuer à leur conservation et à leur perfectionnement, et par suite les aider à défendre leurs droits. Lors donc qu'une nation soutient une guerre juste, les puissances étrangères au conflit ont l'obligation morale de lui prêter assistance, soit par des secours, c'est-à-dire par l'envoi de troupes auxiliaires,

(1) *Inst.*, § 1211. — *J. G.*, §§ 986, 988, 989, 990.

soit par des subsides (1). Mais c'est là une obligation imparfaite. Tel est, nous le savons, le caractère commun de tous les devoirs de bienfaisance et d'humanité. A chacun il appartient d'apprécier librement si, en venant au secours d'autrui, il ne risque pas de se porter tort à lui-même.

L'obligation pour les puissances tierces d'intervenir dans le différend et de prendre la défense de la partie qui leur paraît avoir pour elle le bon droit, est donc dépourvue de sanction. Elle l'est à un double titre. D'une part, les nations ne sont pas plus tenues que les individus de sacrifier leurs propres intérêts à l'accomplissement d'un devoir d'assistance. D'autre part, elles ne sont moralement tenues d'intervenir qu'en faveur de celui des belligérants dont la cause est juste. Or, le plus souvent la cause sera douteuse ; et les puissances tierces ont toujours le droit de prétendre qu'elle leur paraît telle. C'est pour ces raisons qu'il est permis aux nations étrangères au différend de rester neutres (2).

Nous savons aussi que les obligations imparfaites ne deviennent parfaites qu'au moyen de conventions. Un belligérant n'a le droit d'exiger le concours d'une nation tierce que s'il a préalablement conclu avec elle un traité d'alliance (3). On doit considérer comme tacitement convenu, dans tout pacte de ce genre, que « le cas de l'alliance », c'est-à-dire le concours de circonstances en vue duquel on s'est promis de joindre ses forces, supposera, d'une part, qu'il ne s'agisse pas d'une guerre manifestement injuste, d'autre part, que celui qui doit fournir le secours ou le subside n'en ait pas lui-même besoin (4).

Mais s'il est permis aux nations de rester neutres, elles n'y sont obligées que si elles s'y sont engagées par des trai-

(1) *J. G.*, § 656.
(2) *J. G.*, §§ 673 et 674.
(3) *Inst.*, § 1179. — *J. G.*, § 653 et suiv.
(4) Inst., 1180. — *J. G.*, § 665 et suiv.

tés spéciaux, qui portent le nom de « traités de neutralité ». En l'absence de conventions, elles ne sauraient être considérées comme tenues de s'abstenir de toute assistance en faveur de l'un des belligérants. Aujourd'hui nous concevons la guerre comme engendrant par elle-même à la charge des puissances tierces, et même à défaut de traités, un ensemble d'obligations, comme affectant leur condition juridique. Cette conception est, on le voit, étrangère au système de Wolff (1).

Contrairement aux idées modernes, Wolff admet encore que les nations neutres doivent accorder aux troupes des puissances belligérantes le libre passage sur leur territoire, lorsque ce passage n'est pas susceptible de leur nuire (2). C'est là une application d'un principe posé plus haut : l'obligation d'accorder aux étrangers l'usage non nuisible du territoire national, pour des causes légitimes. Les opérations militaires constituent une cause légitime, puisque les nations ont le droit de guerre (3). La nation dont on demande à traverser le territoire aura seulement à apprécier si le passage sollicité ne présente pour elle aucun péril. Elle pourra en subordonner la concession à des sûretés destinées à garantir que les troupes indemniseront les habitants des dommages qu'elles auront pu leur causer.

Le droit des ambassades.

Il nous reste à dire quelques mots du droit des ambassades. Wolff en traite en dernier lieu, et en effet cette partie du droit des gens suppose établie la nécessité de relations internationales. Les chapitres précédents ont montré cette nécessité. L'obligation morale pour chaque nation d'aider les autres, le droit parfait de chacune d'elles de solliciter, sinon d'obtenir des autres une certaine assistance, l'existence du commerce

(1) *Inst.*, § 1181. — Cf. *J. G.*, § 672 et suiv.
(2) *Inst.*, § 1182. — *J. G.*, § 686.
(3) *J. G.*, § 686.

international, qu'il y a lieu de réglementer par des traités, l'obligation, lorsqu'un différend surgit, de se prêter à un arrangement à l'amiable ou par voie de transaction, sont autant de causes qui rendent indispensables, dans des occasions nombreuses, des pourparlers diplomatiques. Une nation ne peut se refuser à toute relation avec les autres sans léser leur droit. C'est faire une injure à une nation que de ne pas recevoir l'ambassadeur envoyé par elle : le droit d'ambassade est, en ce sens, un droit parfait (1). Il n'y a d'exception à ce principe que dans le cas où l'ambassadeur étranger viendrait pour troubler la société ou se rendrait coupable du crime de lèse-majesté.

Cependant les nations ne sont pas obligées de recevoir des ambassades permanentes (2). Wolff en indique deux raisons : d'une part, les affaires que les gouvernements ont à traiter entre eux ne sont point continuelles ni journalières ; d'autre part, les ambassadeurs permanents sont en général des espèces d'espions. Wolff constate cependant que les ambassades permanentes se sont introduites dans les usages de quelques nations ; mais elles appartiennent exclusivement au droit des gens coutumier.

L'ambassadeur est investi d'un certain caractère représentatif ; mais ce caractère doit être maintenu dans d'étroites limites. L'ambassadeur représente son souverain en ce sens qu'il a qualité pour traiter en son nom l'affaire pour laquelle il a été envoyé. Etendre plus loin ce caractère représentatif, assimiler à tous égards la personne de l'agent diplomatique à celle de son souverain, est une fiction inutile, qui n'a de base, ni dans le droit des gens naturel, ni dans le droit des gens volontaire (3). Il en est de même de la notion d'exterritorialité, en vertu de laquelle l'ambassadeur serait réputé, avec sa suite et ses bagages, se trouver hors du terri-

(1) *Inst.*, § 1238. — *J. G.*, §§ 1044 et 1045.
(2) *J. G.*, § 1048.
(3) *Inst.*, § 1242. — *J. G.* § 1055 et suiv.

toire du pays où il exerce sa mission (1). Cette fiction, et les conséquences que l'on en tire, notamment l'exemption de la juridiction civile et pénale du pays où l'ambassadeur réside, surtout le droit d'asile pour l'hôtel de la légation, et la juridiction de l'agent diplomatique sur les personnes de sa suite, ne sauraient appartenir qu'au droit des gens conventionnel ou au droit des gens coutumier.

Les ambassadeurs sont donc assimilés à des étrangers dans tout ce qui concerne leur condition personnelle (2). A ce titre, ils ont droit à la sécurité (3). Cependant l'assimilation n'est pas absolue. Les ambassadeurs doivent être reçus et traités avec des égards et des honneurs particuliers, par considération pour celui qui les envoie (4). Et ils ont droit à une protection plus énergique de leur personne et de leurs biens, que les étrangers ordinaires ; les injures dont ils seraient victimes doivent être considérées comme plus graves (5). C'est en ce sens seulement que leur personne est « sacrée ».

Les conventions ou les coutumes qui peuvent s'être formées entre certaines nations, au sujet de la condition des ambassadeurs, n'ont de force obligatoire que pour les nations entre lesquelles elles se sont établies (6).

(1) *Inst.*, § 1243. — *J. G.*, § 1059 et suiv.
(2) *J. G.*, § 1058.
(3) *J. G.*, §§ 1063 et 1064.
(4) *J. G.*, § 1051.
(5) *J. G.*, § 1064. — *Inst.*, § 1244.
(6) *Inst.*, § 1246.

Louis Olive
Docteur en droit

Emer de Vattel.

(1714-1767)

Vattel (1) appartient à cette école de jurisconsultes que l'on a appelée la *tradition grotienne* et qui, à la fin du XVIIe siècle et au commencement du XVIIIe, vint réagir contre la théorie du droit naturel pur enseigné par Pufendorf (2). Celui-ci avait nié l'existence et la force obligatoire d'un droit positif résultant des conventions expresses ou tacites, et n'avait considéré le droit des gens que comme un fragment du droit naturel : pour lui, les États ou Nations sont des personnes morales et il faut appliquer à leurs rapports mutuels les principes du droit naturel sur les rapports des hommes entre eux (3). En face de cette théorie s'éleva une autre tendance qui marqua un retour partiel, mais très net,

(1) On écrit parfois Vatel et même Wattel (De Cussy, *Dictionnaire du diplomate et du consul*, p. 190) ; mais l'orthographe la plus usitée est celle de Vattel.

(2) Holtzendorff et Rivier, *Introduction au droit des gens*, p. 397 et s. Le chef incontesté de cette école fut Frédéric de Wolff (1679-1754). A côté de lui, moins connus et moins importants, mais parfois antérieurs en date, il faut citer : Philippe Reinhard Vitriarius (1647-1720), Jean-Jacques Burlamaqui (1694-1748), Adam Frédéric Glafey (1692-1753), Germain-Frédéric Kahrel (1719-1787), Frédéric Guillaume Pestel (1724-1805), et surtout Emer de Vattel (1714-1767) qui fait l'objet de cette étude.

(3) *Elementa jurisprudentiæ universalis*, § 24 à 26; *De jure naturæ et gentium*, l. II, chap. III, § 23.

à la doctrine de Grotius. Cette tendance, dont Wolff fut le promoteur, mais qui s'était déjà manifestée avec l'anglais Richard Zouch (1590-1660) (1), admet sans doute le droit naturel comme une source directe du droit des gens, mais le considère seulement comme une source subsidiaire qui n'est obligatoire qu'en l'absence des lois positives ou à leur défaut.

Dans son principe, par conséquent, l'école de la tradition Grotienne tiendrait le milieu entre l'école philosophique de Pufendorf et de ses successeurs et l'école historique positive qu'illustrèrent au XVIIIe siècle Bynkershœk et Moser. Mais en réalité, Wolff et ses disciples présentent encore leur doctrine sous une forme beaucoup plus philosophique que positive et, s'ils se sont dégagés du caractère abstrait et stérile de l'école du droit naturel pur, par contre ils n'ont pas su profiter des éléments que leur fournissaient les recherches historiques de Samuel Rachel et de Textor (2) et les recueils de traités de Leibnitz et de Dumont (3).

L'œuvre de Vattel n'a pas échappé à ce défaut; on y trouve, sans doute, une tendance manifeste et louable à se rapprocher des réalités du droit positif et à en mieux tenir compte, les exemples historiques, notamment, y sont nombreux quoique souvent mal choisis et inégalement répartis, mais l'empreinte philosophique de Wolff y reste prépondérante et la juxtaposition de deux éléments aussi inconciliables empêche que le *Droit des gens* ait pu atteindre la perfection que recherchait son auteur. Vattel reste cependant illustre et son œuvre mérite d'être étudiée, car, s'il

(1) Voy. Holtzendorff et Rivier, *op. cit.*, p. 374.

(2) Rachel, *De jure naturæ et gentium*, 1696 ; Textor, *Synopsis uris gentium*, 1680.

(3) Leibnitz, *Codex juris gentium diplomaticus* (1693) ; Dumont, *Nouveau recueil de traités depuis la paix de Munster* (1710), *Corps universel diplomatique du droit des gens* (1731). Voy. Kaltenborn, *Kritik des Völkerrechts* (§ 8, *Die Quellensammlungen des positiven Völkerrechts*), p. 62 et suiv.

n'a pas su se dégager suffisamment de la doctrine de son maître, du moins a-t-il eu le grand mérite de l'avoir exposée en une forme limpide et sur un plan commode qui ont contribué à répandre dans les sphères officielles et dans le public les principes du droit international.

Il n'y eut pas, dans la vie de Vattel, d'événements fortuits et décisifs, susceptibles, comme pour Grotius ou Pufendorf, d'influer sur ses conceptions ou de provoquer l'éclosion de ses œuvres ; mais les traits généraux de sa biographie permettent d'expliquer certaines de ses idées et la forme sous laquelle il les a présentées au public (1).

Emer (ou Emmerich) de Vattel naquit à Bouvet dans la principauté de Neufchâtel, le 25 avril 1714. Il appartenait à une très ancienne famille neuchâteloise (2) ; son père, David de Vattel, qui mourut en 1730, fut premier pasteur de Bouvet et anobli en 1727, pour avoir conduit à Berlin une députation de pasteurs neuchâtelois auprès du roi de Prusse ; sa mère, Dame Marie de Montmollin, était fille d'un conseiller d'Etat et trésorier général de S. M. le roi de Prusse dans la principauté de Neufchâtel. Par sa mère, Emer de Vattel était neveu du chancelier Emer de Montmollin connu par le rôle important qu'il joua dans la reconnaissance des droits de Frédéric 1er sur la principauté de Neufchâtel et par son ouvrage *Mémoire sur l'indigénat helvétique* où il s'efforça de démontrer l'ancienne souveraineté de la Suisse sur Neuchâtel.

Emer de Vattel avait deux frères aînés qui embrassèrent

(1) On a d'ailleurs peu écrit sur la vie de Vattel. Il n'existe guère comme biographies originales qu'un article dans la *Biographie Neuchâteloise* de Jeanneret (t. II, p. 412 et s.) et une esquisse rapide qui se trouve en tête de l'édition de Hoffmanns de 1835 (t. I, p. 65 et s.) et qui fut reproduite dans l'édition d'Hauterive de 1838 et dans celle de M. Pradier-Fodéré de 1863 (t. I, *avant-propos*, p. IX et s.).

(2) Voyez l'histoire de cette famille dans Jeanneret, *op. et loc. cit.*

la carrière des armes ; pour lui, ses biographes lui accordent « dès son enfance, des talents rares et un goût décidé pour les sciences morales et politiques ». Il passa ses premières années au presbytère paternel, puis il fit ses humanités et sa philosophie à l'université de Bâle et subit ses examens avec grand succès. Destiné à embrasser la carrière de son père, il se rendit à Genève, en 1733, pour y étudier spécialement la théologie et la métaphysique, mais ses goûts le portèrent plutôt vers la philosophie pure et la lecture des ouvrages de Leibnitz et de Wolff décida de sa vocation. A ce moment tous les ouvrages de Leibnitz donnaient lieu à de longues et savantes controverses ; Vattel ne resta pas étranger à la lutte : il prit partie pour le philosophe de Leipzig et, en 1741 publia une *Défense du système leibnitzien* qu'il dédia à Frédéric II.

La modicité de sa fortune le força à chercher un emploi et, dès 1742, sur l'invitation du marquis de Valory, ministre de France auprès de la cour de Prusse, il se rendit à Berlin pour offrir ses services à Frédéric II dont il était sujet par naissance. Ses goûts personnels, ses études antérieures et les relations qu'il pouvait tenir de son oncle et de son grand'père maternels le poussèrent à demander un emploi politique ou diplomatique. Il n'en trouva pas de vacant à ce moment à Berlin et, ses moyens ne lui permettant pas d'attendre longtemps une nomination incertaine, il se rendit, en 1743, à Dresde, où on lui avait fait espérer plus de succès : l'accueil distingué qu'il reçut du comte de Brühl, premier ministre de l'Electeur de Saxe, confirma ses espérances et acheva de fixer le choix de sa carrière. Des affaires particulières l'ayant rappelé dans sa patrie, il revint à Neufchâtel et ne retourna à Dresde qu'en 1746 ; il obtint alors le titre de conseiller d'ambassade avec une pension, puis, en 1749, fut envoyé à Berne en qualité de ministre accrédité de l'Electeur roi.

Ce fut pendant les neuf années que durèrent ces fonctions que Vattel écrivit la plus grande partie de ses œuvres :

n'étant pas astreint à une résidence continuelle, il passait une partie de l'année auprès des siens à Neufchâtel et, consacrant aux lettres les loisirs que lui laissait sa mission, il publia, sous divers titres, plusieurs volumes de mélanges de poésie, de philosophie, de morale et de littérature. Mais il travaillait surtout à son ouvrage principal, son traité de *Droit des gens*, dont il avait depuis longtemps conçu le plan et qui parut pour la première fois en 1758.

A cette époque, l'Allemagne était ravagée par les combats de la guerre de 7 ans ; Auguste III, engagé dans une alliance avec Marie-Thérèse contre Frédéric II, sentit le besoin de s'entourer de diplomates avisés et rappela Vattel de Berne pour le nommer conseiller privé du cabinet. Parvenu enfin au but qu'il avait poursuivi, et mis dans la possibilité de manifester son aptitude au maniement des affaires politiques, Vattel se livra tout entier à ses hautes fonctions. En 1763 il écrivait avec bonheur à sa famille : « J'ai la satisfaction de voir que toute la cour, le public et les cours étrangères applaudissent à la confiance que nos souverains me témoignent. »

Comme conseiller privé, il prit la direction des affaires extérieures du pays et les événements politiques dans lesquels se trouva engagé son souverain absorbèrent toute son activité. Il publia cependant encore, en 1762, un opuscule philosophique *Questions de droit naturel* destiné à éclairer et à compléter certains points de l'œuvre de Wolff. Mais le poids de ses occupations, que les complications politiques de la fin de la guerre rendaient plus pénibles encore, affaiblit par degrés sa constitution pourtant robuste, à tel point qu'il fut obligé, en 1766, de se rendre dans sa patrie pour tâcher de se rétablir. L'air natal et le repos lui ayant rendu des forces, il crut pouvoir reprendre ses fonctions et revint à Dresde dès l'automne de la même année, mais bientôt une rechute violente l'obligea de nouveau à retourner à Neufchâtel où, malgré les soins qu'il reçut, il mourut prématuré-

ment, à l'âge de 53 ans, d'une « hydropisie de poitrine » (1) le 28 décembre 1767. Il laissait une jeune femme, née de famille noble, qu'il avait épousée en 1764 et un fils Charles Adolphe Maurice Vattel (1765-1827) qui se distingua dans divers emplois et s'occupa de littérature (2).

Trois traits saillants se détachent de cette biographie : Vattel a le goût de la philosophie et a étudié à fond, dès sa jeunesse, le système de Leibnitz ; Vattel est diplomate et connaît les goûts du public instruit des cours Européennes ; Vattel est resté citoyen suisse et a conservé son indépendance. Ces différentes particularités nous permettront d'expliquer plusieurs caractères de son œuvre : philosophe, Vattel la bâtira sur les bases du système qu'il a préconisé ; diplomate, il saura l'écrire en un style élégant et dans la forme qui devait plaire aux personnes auxquelles il s'adressait ; citoyen suisse, il conservera, malgré ses fonctions, l'amour profond de l'indépendance et de la liberté dont jouissait sa patrie.

Sans pouvoir donner une liste complète de ses œuvres, on connaît de Vattel les ouvrages suivants :

1. *Défense du système Leibnitzien contre les objections et les imputations de M. de Crousaz, etc.* qui parut à Leyde en 1741 et 1742.

Cet écrit, le premier de Vattel, est un ouvrage de polémique qui attira tout de suite l'attention de l'opinion publique sur son auteur, comme contenant une discussion subtile sur la libre volonté de l'homme. Il avait pour but de réhabiliter le système de Leibnitz et en particulier sa théorie de l'harmonie préétablie que Crousaz, philosophe

(1) Brustwassersucht (*Allgemeine Deutsche Biographie*, t. XXXIX, p. 512).

(2) Sur ce fils et sur ses œuvres, V. *Allgemeine Deutsche Biographie*, t. XXXIX, p. 513 et Jeanneret, *Biographie Neuchâteloise*, t. II, p. 415.

et mathématicien suisse, avait prétendu remplacer par la volonté de Dieu.

II. *Pièces diverses avec quelques lettres de morale et d'amusement.* Paris, 1746.

III. *Le loisir philosophique en pièces diverses de philosophie, de morale et d'amusement.*

Cet ouvrage, qui est une réimpression avec quelques augmentations du précédent, parut d'abord à Genève en 1747 ; une seconde édition en fut faite à Dresde la même année. Une des pièces de ce recueil intitulée : *Projet pour la composition d'un Elixir des livres, avec diverses lettres à ce sujet*, a été traduite en allemand et publiée dans la *Bibliothek der schönen Wissenschaften*, t. I, p. 35 et s.

IV. *Poliergie ou mélanges de littérature et de poésie.* Amsterdam, 1757.

V. *Amusements de littérature, de morale ou de politique.* La Haye, 1765.

VI. *Guerre littéraire ou choix de quelques polémiques*, 1759.

VII. *Mélanges de littérature, de morale et de politique.* Neufchâtel, 1760.

VIII. Le dernier en date de ses écrits : *Questions de droit naturel et observations sur le traité du droit de la nature par M. le baron de Wolff.*

Ces *Observations*, qui n'avaient pas d'abord été destinées au public, parurent à Berne, au commencement de 1762, puis à Paris en 1763. Vattel, en lisant l'ouvrage de Wolff, s'était aperçu de quelques écarts dans la méthode et d'inexactitudes dans les démonstrations ; il voulut rectifier ces erreurs et réunit un certain nombre de propositions qu'il discute en peu de mots. Ce petit ouvrage est comme un commentaire de l'œuvre de Wolff.

IX. Les ouvrages concernant particulièrement le droit des gens :

1° Deux opuscules philosophiques :

Essai sur le fondement du droit naturel et sur le Premier

Principe de l'obligation où se trouvent les hommes d'en observer les lois.

Dissertation sur cette question : « *La loi naturelle peut-elle porter la société à la perfection sans le secours des lois politiques ?* »

Ces deux ouvrages résument les idées de Vattel sur le droit naturel et constituent comme la préface nécessaire à son *Droit des gens* (1) puisque ce droit des gens, pour Vattel, n'est « originairement autre chose que le droit de la nature appliqué aux nations » (*Prélim.* § 6) (2). Nous aurons donc à exposer les idées que contiennent ces deux opuscules avant même d'aborder l'œuvre principale de Vattel, celle qui fit sa véritable gloire et qui constituera le principal élément de cette étude.

2° Cette œuvre a pour titre : *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains.* Cet ouvrage parut en 1758 en deux volumes in-4°, de 228 et 162 pages ; il fut imprimé à Neufchâtel, mais une partie de l'édition porte Leyde et une autre Londres.

Une seconde édition (3) fut publiée à Neufchâtel, après la mort de l'auteur, en 1773, en deux volumes in-4°, d'un manuscrit, contenant plusieurs additions en marge de la main de l'auteur. Cette édition serait pleine d'erreurs typographiques et laisserait le texte original sans changement,

(1) Ces deux opuscules se trouvent placés en tête de l'édition d'Hauterive de 1839 et de l'édition de Pradier-Fodéré en 1863. Nous en donnons *infra* l'analyse.

(2) Voy. le titre même de son *Droit des gens.*

(3) D'après Klüber (*Le Droit des gens moderne de l'Europe*, 1861, p. 446) il y aurait eu déjà une seconde édition qui parut à Leyde de nouveau, la même année que la première, en 3 volumes in-12 ; mais, outre que cette édition n'est pas mentionnée ailleurs, il semble peu probable, surtout à cette époque, qu'il ait été possible de faire imprimer deux fois dans la même année un ouvrage aussi considérable.

les additions de l'auteur ayant été imprimées en forme de notes dans toutes les éditions suivantes (1).

Une troisième édition parut à Amsterdam en 1775, comprenant deux volumes in-4° avec quelques remarques de l'éditeur (2).

Klüber (3) donne la liste des nombreuses éditions successives qui parurent à la fin du XVIIIe siècle et au début du XIXe, en formats divers et avec des remarques ou des annotations nouvelles (4).

Nous ne signalerons ici que celles qui suivirent l'édition de 1820 faite par Cotelle, car ce sont les seules qui soient, encore de nos jours, couramment employées. Ce furent :

L'édition de Paris, 1830, publiée par les soins de Royer-Collard, alors professeur de droit des gens à l'Université de Paris.

Celle de 1835, en deux volumes in-8°, par M. de Hoffmanns, précédée d'un discours de sir J. Mackinstosh sur l'étude du droit de la nature et des gens, traduit par Royer-Collard (5).

Celle de 1838-39 en deux volumes in-8° par le comte d'Hauterive, avec les observations du baron de Chambrier d'Oleyres (6). L'édition d'Hauterive se trouvait considérablement augmentée, en particulier : au tome 1er, des deux

(1) Voy. la *lettre de l'éditeur de 1775 à Monsieur XXX*, dans l'édition PRADIER-FODÉRÉ de 1863, p. 22 et 23, WHEATON, *Histoire des progrès du droit des gens*, t. I, p. 236, note 1.

(2) Ces notes sont reproduites dans l'édition de Hoffmanns de 1835 et dans celle de M. Pradier-Fodéré de 1863.

(3) KLÜBER, *op.* et *loc. cit.*

(4) Sur la valeur de ces différentes éditions voy. A. F. SCHOTT'S, *Unpartheyische critik*, t. VI, p. 539 ; t. VIII, p. 411 ; t. IX, p. 284.

(5) Ce discours prononcé en 1798 à Londres comme ouverture à une série de leçons, fit grand bruit, à l'époque, en Angleterre et à l'étranger. Voy. ce discours dans l'édition PRADIER-FODÉRÉ, de 1863, t. III, p. 345 et suiv. avec la note de l'éditeur anglais.

(6) Le baron de Chambrier d'Oleyres (1753-1822), homme d'Etat et diplomate Neuchâtelois, dont les *Questions de droit des gens, observa-*

opuscules philosophiques cités plus haut et qui sont reproduits dans l'édition Pradier-Fodéré de 1863 : au tome II, d'un dialogue entre Jules César et Cicéron où Vattel pose la question de savoir s'il est permis, en certaines circonstances, d'attenter à la vie du chef de l'Etat. Quelques exemplaires de ce dernier dialogue furent publiés à part, mais l'impression, dit-on (1), en fut interrompue par les libraires, pour complaire à un grand prince qui pensa que cette publication, toute de principes, pourrait avoir des conséquences sociales.

Les notes et table analytique de l'ouvrage de Vattel, par Pinheiro-Ferreira, Paris 1838, publication qui fut réunie à l'édition de Hoffmanns pour former un ouvrage en trois volumes.

Enfin, l'édition de 1863 par M. P. Pradier-Fodéré, en trois volumes in-12, qui est la plus récente et la plus complète. C'est à cette édition que nous nous référerons au cours de cette étude. Elle a reproduit toutes les annotations et toutes les annexes antérieurement parues et son texte s'en trouve surchargé au point de rendre difficile la lecture d'un ouvrage essentiellement clair. Non seulement elle donne, en bas de page, les notes de Vattel lui-même, de l'éditeur de 1775, de Pinheiro-Ferreira et du baron de Chambrier d'Oleires, avec les annotations propres à M. Pradier-Fodéré, mais encore elle contient : les deux dissertations de Vattel sur le fondement du droit naturel, une traduction nouvelle du discours de sir J. Mackintosh sur l'étude du droit de la nature et des gens, un lexique des définitions de termes usités en politique et en diplomatie, et deux tables des matières, analytique et alphabétique.

Le nombre des éditions françaises *Du droit des gens* de

tions sur le droit naturel de M. de Vattel, ont été publiées dans les mémoires de l'académie de Berlin (1788-1789), et réimprimées en 1795 sous le titre d'*Essai sur le droit des gens*.

(1) Jeanneret, *op. cit.*, p. 415.

Vattel, qui n'est pas inférieur à douze, atteste le succès dont a bénéficié cet ouvrage ; il fut d'ailleurs traduit dans la plupart des langues Européennes (1).

Tel qu'il est reproduit dans l'édition Pradier-Fodéré et tel que nous l'analyserons il comprend :

1° Une *préface* de Vattel dans laquelle il explique comment il a été amené à écrire son livre et quels sont les principes directeurs qu'il prétend y suivre.

2° Des *préliminaires* qui ont pour but de rappeler au lecteur *l'idée et les principes généraux du droit des gens.*

3° Quatre livres formant le corps de l'ouvrage et ayant pour objet le premier, *la nation considérée en elle-même* ; le second, *la nation considérée dans ses relations avec les autres ;* le troisième, *la guerre* ; le quatrième, *le rétablissement de la paix et les ambassades.*

Ces quatre livres sont d'une étendue sensiblement inégale et ne correspondant pas à l'importance que leurs titres semblent impliquer au point de vue international : le premier, qui ne traite que de la nation considérée en elle-même, occupe un bon tiers de l'ouvrage, tandis que le second et le quatrième, qui sont l'étude de l'ensemble des relations internationales en temps de paix, n'en prennent réunis qu'un autre tiers.

Mais ces quatre livres, dans leur aspect, présentent surtout deux autres caractères : d'une part ils sont loin d'être exclusivement consacrés au droit des gens ou droit international public, tel qu'on le conçoit de nos jours ; le premier surtout, en dehors de quelques matières de droit des gens comme la notion de l'Etat souverain et l'étude de certains rapports internationaux, contient principalement du droit constitutionnel (constitution de l'Etat et attributs du souverain) et du droit administratif (fonctions du gouvernement en matière d'instruction, de religion, de police, de do-

(1) Voyez la liste de ces traductions dans Holtzendorff et Rivier, *op. cit.*, p. 408, et Jeanneret, *op.* et *loc. cit.*

maine public, etc), voire même de l'économie politique (régime monétaire et douanier). D'autre part, ces quatre livres constituent une vaste encyclopédie qui s'étend à une foule de questions et qui fournit, pour chacune, une solution généralement nette mais qui n'est pas bâtie sur un système solide pouvant servir de trame à des développements ; de sorte que les différents paragraphes se présentent comme une série de tiroirs, ayant chacun son objet propre et ne se reliant pas, le plus souvent, au précédent.

En présence d'une pareille construction, pour analyser l'œuvre de Vattel, on ne peut songer à en extraire les principes dominants pour les apprécier au point de vue de leur influence sur l'évolution du droit des gens ; la méthode eût été sans doute élégante, mais elle aurait donné un aperçu de l'œuvre bien peu conforme à la réalité et surtout elle aurait conduit à en omettre la partie la plus importante et la plus originale, celle qui forme la base du système : la constitution et l'organisation de la Nation (1). Nous avons cru préférable de suivre d'abord dans leur ordonnance propre les développements de Vattel, en mettant en relief, sous une forme critique, les idées essentielles ; puis d'apprécier l'œuvre dans son ensemble et dans les théories les plus importantes auxquelles aboutit Vattel ; ces dernières peuvent se ramener aux suivantes : sa conception du droit des gens naturel, sa notion de l'Etat souverain et son système des droits et devoirs réciproques des nations. Cette méthode nous permettra également d'étudier, dans la dernière partie, deux questions importantes en ce qui concerne Vattel : le but qu'il a poursuivi et la source à laquelle il a puisé ses matériaux ; ces deux éléments sont indispensables lorsqu'on veut donner une juste appréciation de son œuvre.

(1) Cependant comme cette étude est destinée à un ouvrage de droit international, nous nous contenterons d'analyser, sans commenter, tout ce qui regarde le droit public proprement dit.

ESSAI SUR LE FONDEMENT DU DROIT NATUREL *et sur le Premier Principe de l'obligation où se trouvent les hommes d'en observer les lois.*

Distinguant dès l'abord *le droit naturel* de la morale (1), Vattel définit le premier ; « une théorie générale des devoirs de l'homme, considéré simplement comme homme, ou une science qui nous apprend ce qui est *naturellement bon* ou *mauvais* à l'homme, ce qu'il doit faire et ce qu'il ne doit pas faire » (§ 3). Par suite le *fondement* du droit naturel c'est-à-dire « la source de laquelle on peut en dériver les règles et les préceptes » ne saurait être cherchée ailleurs que dans l'*essence et la nature de l'homme et des choses en général.*

C'est là une vérité que sont obligés de reconnaitre tous les auteurs, quel que soit d'ailleurs leur système sur le principe de l'obligation qui lie l'homme. Ceux qui voient ce principe dans l'utilité de la société humaine doivent convenir que telles actions sont utiles ou nuisibles suivant qu'elles conviennent ou non à la nature de l'homme et des choses. Quant à ceux qui « rapportent l'institution du droit naturel à une volonté arbitraire de Dieu », reconnaissant Dieu pour un être sage, ils supposent que Dieu n'a pu donner que des lois avantageuses au bien de la société en général et à celui de chaque individu en particulier, c'est-à-dire celles dont la raison se trouve dans l'essence et la nature de l'homme et des choses (§ 8).

Mais il ne suffit pas que ces lois naturelles existent et soient fondées, il ne suffit même pas que la *raison* nous les fasse connaître, il faut encore déterminer pourquoi les hommes sont obligés de les observer. Si le principe de cette obligation diffère suivant les auteurs, c'est, dit Vattel,

(1) Vattel prétend même distinguer les lois naturelles du droit naturel (§ 2), mais il semble bien que sa double définition n'est qu'un pléonasme. Plus loin d'ailleurs il emploie sans distinction l'une ou l'autre expression, il dit même : « les lois naturelles constituent le droit naturel » (§ 22).

que ceux-ci ont négligé de se faire une idée claire et distincte de ce qui est l'obligation.

Si nous sommes obligés à faire une certaine action, c'est qu'un *motif* puissant nous en fait sentir la nécessité ; il faut donc considérer deux choses dans l'obligation : d'une part, l'*obligation active*, principe qui affecte l'être intelligent, connexion du motif avec l'action ; d'autre part, l'*obligation passive*, état dans lequel se trouve l'être, nécessité morale d'agir ou de ne pas agir ; de ces deux obligations la seconde naît de la première, car « s'il est moralement nécessaire que vous agissiez, il est nécessaire que vous vouliez agir. » Or, il ne se forme pas de volition dans l'âme sans motif.

C'est pour n'avoir pas discerné ces deux éléments, dit Vattel, que les auteurs n'ont pu expliquer en quoi consiste l'obligation (§ 11 à 14) et, sans apprécier ici la valeur philosophique de sa distinction, il nous suffira de remarquer qu'elle est reproduite de la théorie de Wolff (1).

Que l'on n'objecte pas, d'ailleurs, que c'est le *devoir* qui fait l'obligation, car ce devoir nous indiquera bien la manière dont nous devons déterminer ou diriger nos actions pour qu'elles soient bonnes et droites, mais il restera encore à savoir pourquoi nous sommes obligés de vivre selon notre devoir. Qu'on ne confonde pas non plus, comme le fait Barbeyrac, cette obligation avec la soumission à la volonté d'un supérieur ; car il faudra encore expliquer pourquoi cette dépendance nous lie et on ne saurait le faire sans supposer des *motifs* qui nous déterminent à obéir aux lois de ce supérieur.

L'obligation ainsi définie, si l'on veut trouver son premier principe, un principe qui soit véritablement primitif et qui ne dérive d'aucun autre, il est évident qu'on ne peut le chercher que dans un motif général, qui nous détermine sans tirer d'aucun autre son efficacité et auquel, au con-

(1) *Institutiones juris naturæ et gentium*, § 36.

traire, tous les autres se rapportent. Or, « il n'est pas besoin de longues méditations pour se convaincre qu'aucun penchant, aucun désir, aucune affection ne nous est plus essentielle, n'est en nous plus primitive et plus générale que l'*amour de nous-mêmes*, qui nous porte à souhaiter et à rechercher notre bonheur ou la perfection de notre état, tant interne qu'externe, c'est-à-dire la perfection de notre âme, le bien-être de notre corps et le bon état de notre fortune (§ 20). Par suite, le motif général et primitif qui nous détermine est notre bien, notre avantage, notre utilité : sondons-nous avec soin, examinons attentivement la manière dont se forment nos volitions et nous verrons que chacun de nos motifs revient, dans le fond, à *l'utilité* réelle ou apparente. Cette utilité est, en particulier, le premier principe de l'obligation qui nous astreint à l'observation du droit naturel, puisque cette science nous apprend ce qui nous est naturellement bon ou mauvais. La sociabilité de l'homme, au contraire, bien que Grotius l'ait présentée comme le fondement même du droit naturel, n'est que le principe prochain, indirect, de l'obligation qui nous soumet à son observation : c'est parce que la société naturelle lui est nécessaire, et cette société ne pouvant subsister sans des lois ou des règles générales observées par tous les membres, que chaque individu est obligé, pour sa propre utilité, d'observer ses lois ; de même, les hommes obligés par leurs besoins de former des sociétés particulières, comprirent qu'il fallait établir des lois, capables d'assurer le bonheur de la société et que ces lois, pour produire l'effet désiré, doivent être observées religieusement.

Quant à voir le fondement de l'obligation dans la volonté d'un supérieur dont le pouvoir ferait mouvoir notre propre volonté, comme le voudrait Barbeyrac, ce ne serait qu'aboutir à se demander pourquoi nous sommes tenus d'obéir à un supérieur et à moins de répondre que c'est notre devoir qui nous y contraint, ce qui n'éclaircirait rien, on en vient à découvrir des motifs, se rapportant tous à

notre utilité, qui sont le premier principe de notre obéissance et à côté desquels la volonté de ce supérieur n'est qu'un principe prochain (§ 26 à 30).

Il importe d'ailleurs, de ne pas restreindre l'utilité, principe de notre obligation, à l'avantage grossier et borné des biens de la terre ; il s'agit surtout de la *perfection de notre âme*, que nous atteignons pour l'observation et la pratique de la vertu (§ 30).

Là s'arrête l'exposé de la théorie de Vattel sur le fondement du droit naturel (1). Cet exposé malgré l'abstraction de la matière reste écrit dans un style élégant et clair et, sauf quelques répétitions comme la critique du système de Barbeyrac qui revient par deux fois en termes à peu près identiques (§§ 28 et 27), le raisonnement se poursuit logiquement et sans heurt. Mais si on analyse cet exposé, on s'aperçoit qu'il n'est qu'une paraphrase habile de la théorie qu'avait présentée Wolff sur l'obligation naturelle. Pour celui-ci déjà, l'obligation comprend ces deux éléments : la nécessité morale où se trouve l'homme de se déterminer dans tel ou tel sens, et la perception qu'il a de cette nécessité ; cette obligation est, pour lui aussi, la conscience éprouvée par le sujet que l'action bonne s'impose à sa volonté parce qu'elle est seule conforme au but que poursuivent, consciemment ou inconsciemment, tous les êtres et qui est leur perfectionnement (2).

Il semble même que Vattel, par ailleurs, n'ait qu'imparfaitement reproduit Wolff et qu'il manque, dans sa théorie, en face de cette conception de l'obligation la notion du droit ; mais ayant énoncé la première, il pouvait en réa-

(1) La fin de son opuscule est une longue discussion sur certaines assertions formulées par Barbeyrac dans son annotation du traité de Pufendorf, *Des devoirs de l'homme et du citoyen*, discussion confuse et n'apportant aucun élément nouveau aux principes antérieurement établis.

(2) Voy. en particulier : *Institutiones*, § 25 à 37.

lité passer la seconde sous silence, car il est aisé de déduire l'une de l'autre, comme l'a fait Wolff et comme Vattel lui-même l'indiquera au début de son *Droit des gens* (§ 3) : par cela seul en effet que la raison nous oblige à poursuivre certaines fins elle nous autorise à user des moyens nécessaires pour les atteindre et c'est cette autorisation qui constitue le droit.

C'est donc, en dernière analyse, à cette idée primordiale, la tendance de chaque homme vers la perfection de son être, que se ramène l'ensemble de la théorie du droit naturel énoncée par Wolff et reprise par Vattel.

Cette théorie doit surtout nous permettre d'expliquer les idées de Vattel en droit des gens et nous verrons, en effet, quelles conséquences positives il a déduites du principe de perfection qu'il vient de poser. Nous n'aurons pas, par contre, à faire la critique philosophique de son système : ceci sortirait du cadre et de l'esprit de cette étude. Il nous suffira, à ce point de vue, de faire observer que Vattel comme Wolff n'ont fait que suivre les préceptes de morale qu'enseignait leur maître commun Leibnitz et que l'on peut résumer dans la formule suivante : tendre vers un développement intellectuel toujours plus grand et rechercher en même temps le bonheur, car bonheur et perfection se confondent dans ce monde qui est le meilleur possible.

Wolff fit sienne cette doctrine, il en adopta non seulement le principe en distinguant les actions bonnes ou mauvaises, suivant qu'elles tendent ou non à la perfection de l'homme (1), mais encore l'optimisme en proclamant que « la nature de l'homme est telle qu'il aime le bien et qu'il trait le mal » (2).

Vattel n'est pas allé si loin. Explicitement tout au moins, il pose seul le principe de la perfection de l'homme et, comme Leibnitz l'enseignait, il place la perfection de son

(1) *Institutiones*, § 12 et s.
(2) *Loc. cit.*, § 15.

être moral bien avant celle de son être physique (§ 21 et 30); mais ce principe suppose lui-même une si grande confiance dans notre excellence morale, qu'on peut s'étonner de le voir adopté, de préférence à tout autre principe, par un philosophe qui prend la nature humaine comme point de départ et base de sa doctrine.

On comprend, sans doute, que Vattel ait repoussé la théorie de Barbeyrac qui prétendait trouver le principe de l'obligation naturelle dans la volonté d'un supérieur : cette théorie est celle que Leibnitz appelait non sans raison, « l'argument paresseux », théorie facile et qui dispense de recourir à une démonstration plus scientifique. On comprend moins que Vattel ait critiqué Grotius lorsque celui-ci, partant de l'instinct de sociabilité qui affecte tout être humain, basait sur la nécessité sociale l'obligation dans laquelle se trouvent les membres d'une société, naturelle ou civile, d'obéir à des lois. Il y avait bien là un fait primordial et certain qui pouvait servir de base à une théorie du droit ; il y avait surtout là l'indice d'un phénomène psychologique évident et manifeste, qui aurait dû frapper Vattel dans son analyse de la nature humaine. Il semble au contraire que le principe qu'il a adopté soit empreint d'un optimisme dangereux et doive conduire à d'inévitables déceptions, dans ses applications sociales. Affirmer que les hommes obéiront à la loi naturelle par cela seul qu'ils y verront la raison de leur perfectionnement et, en particulier, de leur développement moral, c'est supposer que les hommes sont essentiellement parfaits et moraux, qu'ils vivent toujours, comme le voudrait Vattel, d'une manière convenable à leur nature, ou, comme Wolff le proclamait, que « la nature de l'homme est telle qu'il aime le bien et qu'il haït le mal ». Il suffit de jeter les yeux sur une période quelconque de l'histoire humaine pour se convaincre que pareil principe ne peut servir de base solide à une théorie philosophique.

Aussi bien Vattel semble-t-il l'avoir senti lui-même et,

avant d'aborder son *Droit des gens,* il entreprend une seconde étude philosophique qu'il intitule : *Dissertation sur cette question* : « *La loi naturelle peut-elle porter la société à la perfection, sans le secours des lois politiques?* « La question avait été proposée en 1742 par l'Académie de Dijon et Vattel en comprend tout l'intérêt et toute la portée.

La loi naturelle nous prescrivant de faire toujours ce qui est le plus convenable à notre nature, paraît s'étendre à tout, car elle nous indique le meilleur parti à prendre lorsqu'il peut s'en présenter plusieurs à nous, et s'il était possible, par ailleurs, de trouver des cas d'une parfaite indifférence, il serait inutile qu'aucune loi en décidât. D'autre part, la loi naturelle est éternelle et immuable et les lois politiques, qui s'en distinguent en ce qu'elles sont énoncées en termes formels et accompagnées d'une obligation positive, dans le fond coïncident avec elle. Cette loi naturelle est donc propre à régler parfaitement une société et elle produirait certainement cet effet « si les hommes étaient tels qu'ils devraient être et si, n'abusant jamais de leur liberté, ils s'efforçaient de vivre convenablement à leur nature (§ 12). Supposons mille personnes, de l'un et l'autre sexe, choisies dans ce qu'il y a de plus raisonnable et de plus vertueux en Europe, et qu'elles forment ensemble une espèce de petite république : cette société serait mieux réglée par la loi naturelle seule qu'aucune autre ne l'a jamais été par le secours de lois politiques (§ 13).

Mais les hommes sont très différents de ce qu'ils devraient être et deux choses rendent la loi naturelle inefficace à leur égard. En premier lieu la plupart ne connaissent point, dans tous les cas, ce qu'elle décide, soit qu'ils manquent des lumières nécessaires, soit que les passions et les préjugés leur fassent illusion et les jettent dans l'erreur en leur représentant comme légitime ou indifférent tout ce qui est criminel. En second lieu, les hommes ne sont pas toujours assez éclairés sur leurs véritables intérêts pour être sensibles aux motifs dont la loi naturelle est accompagnée.

Ces motifs sont l'obéissance qu'on doit au Créateur et les avantages qu'on retire de l'observation de la loi; mais souvent, dans la passion, ces motifs ne se présentent pas à l'esprit des hommes on ne les frappent pas assez vivement. Il fallait donc remédier à ces inconvénients; il fallait, d'une part, que la loi naturelle pût être connue de tout le monde et qu'elle ait un sens fixe et le même pour tous les membres : c'était le moyen de prévenir les discussions qui seraient nées de l'ignorance, des passions, des préjugés; il fallait, en second lieu, l'accompagner d'une obligation nouvelle et positive au moyen de peines édictées par une autorité publique (§ 15). Mais si, en établissant une autorité publique, on fait à la loi naturelle ces deux changements, elle devient politique et ainsi « il est démontré que, dans l'état actuel où se trouve le genre humain, la loi naturelle ne peut porter la société à la perfection, sans le secours des lois politiques. »

Vattel est donc revenu de son erreur mais il n'en est revenu que partiellement et pour tomber dans une autre : son optimisme ne porte plus sur l'excellence de la nature humaine, mais sur l'infaillibilité des réglementations sociales. Il prête aux législateurs et aux autorités publiques des forces surhumaines pour faire les lois et les appliquer ; car si c'est à la loi naturelle qu'ils doivent se conformer, quels efforts ne leur faudra-t-il pas pour l'énoncer en formules positives et pour la faire respecter par des hommes ; à quelle réglementation minutieuse n'auront-ils pas à recourir pour atteindre la perfection qu'elle leur impose. C'est bien ce défaut qui se trahit dans l'œuvre de Vattel : demandant aux lois la perfection de l'homme, tout son système repose sur le rôle de l'Etat et constitue presque, pourrait-on dire, une sorte de socialisme d'Etat ; il suffit, pour s'en convaincre, de se rendre compte des devoirs que Vattel réclame d'un « bon gouvernement » et d'apprécier l'étendue des fonctions qu'il lui attribue (1).

(1) Voy. *infra*, liv. I, chap. VI et suiv.

LE DROIT DES GENS *ou principe de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains.*

PRÉFACE DE VATTEL.

« Le Droit des gens, cette matière si noble et si importante, n'a point été traitée jusqu'ici avec tout le soin qu'il mérite », dit Vattel dès le début. Il ne faut pas restreindre, comme on l'a fait, le droit des gens aux règles et usages reçus entre les nations et devenus obligatoires pour elles par l'effet de leur consentement. Il est certainement un droit des gens naturel, puisque la loi de la nature n'oblige pas moins les Etats, les hommes mis en société publique, qu'elle n'oblige les particuliers. Mais, pour connaître exactement ce droit des gens naturel, il ne suffit pas de savoir ce que la loi de nature prescrit aux hommes individuellement ; ce droit est une science particulière qui consiste « dans une *application juste et raisonnée aux affaires et à la conduite des Nations* ou des souverains. »

Or si les auteurs modernes n'ont pas confondu, comme les Romains, le *jus gentium* avec le droit naturel tel qu'il est reconnu et généralement appliqué par tous les peuples, s'ils sont d'accord pour réserver le nom de droit des gens au droit qui doit régner entre les nations, ils diffèrent par contre dans l'idée qu'ils se font de l'origine de ce droit et de son fondement.

Grotius n'a pas distingué le *droit naturel* suivant qu'il s'applique aux particuliers ou aux Nations et, par ailleurs, affectant le nom de *droit des gens* aux règles établies par le consentement des peuples, il semble donner à entendre que ces dernières règles seules créent pour les souverains une obligation externe, indépendante de leur volonté.

Hobbes a bien distingué *la loi naturelle de l'homme* et *la loi naturelle des Etats* qu'il appelle droit des gens ; mais, en dehors de cette différence d'appellation, il n'en a fait

aucune dans l'application des lois naturelles à l'un et à l'autre cas, et Pufendorf, souscrivant absolument à sa doctrine, a constamment confondu, comme lui, le droit des gens avec le droit naturel proprement dit.

Barbeyrac s'est aperçu, au contraire, que le droit naturel doit subir des changements suivant la nature des sujets auxquels on l'applique ; il n'a pas vu cependant toute l'étendue de cette idée, puisqu'il semble ne pas approuver que l'on traite le droit des gens séparément du droit naturel des particuliers.

« Il fallait de plus profondes méditations et des vues plus étendues pour concevoir l'idée d'un système de droit des gens naturel, qui fut ainsi comme la loi des souverains et des Nations... La gloire en était réservée à M. le baron de Wolff. » Ce grand philosophe a compris que les principes du droit naturel doivent être modifiés quand on les applique à des Etats, et que, constituant ainsi un droit des gens naturel et nécessaire, il faut en faire un système particulier et distinct.

Convaincu moi-même, dit Vattel, de l'utilité d'un pareil ouvrage, j'attendais avec impatience celui de M. Wolf ; et dès qu'il parut, je formai le dessein de faciliter à un plus grand nombre de lecteurs la connaissance des idées lumimineuses qu'il présente. Malheureusement non seulement le traité de Wolff est écrit selon la méthode et dans la forme des ouvrages de géométrie (1), mais encore sa lecture suppose l'étude préalable de toute la doctrine philosophique de l'auteur ce qui ne comprend pas moins de « 16 ou 17 volumes in-4° », autant d'obstacles qui le rendent à

(1) Wolff avait éprouvé lui-même le besoin de simplifier son exposition et après la publication de ses deux grands ouvrages, le *Jus naturæ methodo scientifica per tractatum*, qui parut de 1740 à 1748 en 8 volumes in-4°, et le *Jus gentium methodo scientifica pertractatum*, qui parut en 1749 en 1 volume in-4°, il fit lui-même un *compendium* plus simple et plus clair, qu'il intitula *Institutiones juris naturæ et gentium* et qui parut, en 1750, en un volume in-8°.

peu près inutile aux personnes pour qui la connaissance et le goût des vrais principes du droit des gens présentent une importance particulière. Après avoir tenté, mais en vain, de le revêtir simplement d'une forme plus agréable, « plus propre à lui donner accès dans le monde poli », Vattel se convainquit de la nécessité de faire un ouvrage tout différent et de travailler à neuf. « Je me suis donc borné à prendre dans l'ouvrage de M. Wolff ce que j'y ai trouvé de meilleur, surtout les définitions et les principes généraux ; mais j'ai puisé avec choix dans cette source, et j'ai accommodé à mon plan les matériaux que j'en tirais. Ceux qui auront lu les *Traités du droit nature et du droit des gens* de M. Wolff verront combien j'en ai profité ». Nous aurons l'occasion ultérieurement de restituer à chacun des deux auteurs ce qui lui revient réellement (1).

Il y a cependant plusieurs points sur lesquels il s'est écarté de son guide et il en indique, lui-même, quelques-uns dans sa Préface. Il rejette d'abord la notion des royaumes *patrimoniaux* « cette idée injurieuse à l'humanité » et il n'en admet même pas la dénomination qu'il trouve aussi choquante, impropre et dangereuse dans ses effets. De même, il réprouve absolument l'emploi en temps de guerre d'armes empoisonnées (v. *infra* liv. III, § 156).

Mais surtout, il diffère entièrement de celui-ci dans « la manière d'établir les fondements de cette espèce de droit des gens qu'il appelle *volontaire* ». Wolff déduit ce droit volontaire de l'idée d'une espèce de grande république (*civitas maxima*) instituée par la nature elle-même et de laquelle toutes les nations du monde sont les membres : suivant lui, le droit des gens volontaire serait comme le droit civil de cette grande république. Cette idée ne satisfait point Vattel et la fiction d'une pareille république ne lui paraît « ni bien juste, ni assez solide pour en déduire les règles d'un droit des gens universel et nécessairement

(1) Voy. *infrà*, p. 582 et s.

admis entre les Etats souverains ». Il rejette cette fiction comme incompatible avec l'une des conditions essentielles de l'ordre et du droit international ; l'indépendance de chaque Etat. « Il est de l'essence de toute société civile (*civitatis*), que chaque membre ait cédé une partie de ses droits au corps de la société et qu'il y ait une autorité capable de commander à tous les membres, de leur donner des lois, de contraindre ceux qui se refuseraient d'obéir. On ne peut rien concevoir ni rien supposer de semblable entre les Nations. Chaque Etat souverain se prétend et est effectivement indépendant de tous les autres. Ils doivent tous, suivant M. Wolff lui-même, être considérés comme autant de particuliers libres, qui vivent ensemble dans l'état de nature et ne reconnaissent d'autres lois que celles de la nature même ou de son auteur. »

Qu'on n'objecte pas que la rigueur du droit naturel ne peut être toujours suivit dans le commerce des peuples et qu'il faut y faire des changements qui ne peuvent être réglés que par les lois de cette grande république des Nations. « Tous ces changements se déduisent de la liberté naturelle des nations, des intérêts de leur salut commun, de la nature de leur correspondance mutuelle, de leurs devoirs réciproques et des distinctions de droit *interne* et *externe, parfait* et *imparfait*. »

On verra dans ce traité comment les règles qui, en vertu de la liberté naturelle, doivent être admises dans le droit *externe*, ne détruisent pas l'obligation imposée à chacun dans sa conscience, par le droit *interne*. Qu'on appelle ces deux droits, interne ou nécessaire, externe ou volontaire, cela importe peu ; ce qu'il faut surtout c'est les distinguer soigneusement « afin de ne jamais confondre ce qui est juste et bon en soi, avec ce qui est seulement toléré par nécessité » ; car, si l'un et l'autre sont établis par la nature, le premier est une loi sacrée qui en procède directement, le second n'est qu'une règle que le bien et le salut commun obligent les nations à admettre dans leurs rapports récipro-

ques. Enfin, il nous faudra étudier une troisième espèce de droit des gens que les auteurs appellent *arbitraire* parce qu'il vient de la volonté des Nations, et qui suppose leur consentement, soit exprès, soit tacite ; *conventionnel* ou *coutumier*, il tire, lui aussi, sa force du droit naturel qui prescrit aux nations l'observation de leurs engagements.

Ce traité doit donc bien consister principalement « dans une application judicieuse et raisonnée des principes de la loi naturelle aux affaires et à la conduite des nations et des souverains. » L'étude du droit des gens implique une connaissance préalable du droit naturel ordinaire et c'est ce que Vattel supposera chez ses lecteurs.

D'autre part, le droit des gens étant la loi des souverains, c'est pour eux principalement et pour leurs ministres qu'on doit l'écrire. « Si les conditions des peuples, si tous ceux qui sont employés dans les affaires publiques, daignaient faire une étude sérieuse d'une science qui devrait être leur loi et leur boussole, quels fruits ne pourrait-on pas attendre d'un bon traité du droit des gens !.... Mais une funeste expérience ne prouve que trop combien peu ceux qui sont à la tête des affaires se mettent en peine du droit, là où ils espèrent trouver leur avantage ».

C'est pour faire goûter cet ouvrage à ceux de qui il importe le plus qu'il soit lu, que Vattel a parfois joint des exemples aux maximes ; mais il l'a fait avec modération, voulant seulement délasser de temps en temps son lecteur ou rendre la doctrine plus sensible dans un exemple. Et il termine sa préface par cette déclaration :

« Au reste, et dans ces exemples et dans mes raisonnements je me suis étudié à n'offenser personne, me proposant de garder religieusement le respect qui est dû aux Nations et aux puissances souveraines. Mais je me suis fait une loi plus inviolable encore, de respecter la vérité et l'intérêt du genre humain. Si de lâches flatteurs du despotisme s'élèvent contre mes principes, j'aurai pour moi les

hommes vertueux, les gens de cœur, les amis des lois, les vrais citoyens » (1).

Préliminaires. *Idée et principes généraux du droit des gens.*

« Les Nations ou Etats sont des corps politiques, des sociétés d'hommes unis ensemble pour procurer leur salut et leur avantage, à forces réunies » (§ 1) (2) ; ces Nations constituent des personnes morales, ayant leur volonté propre et capables d'obligations et de droits. Etablir ces obligations et ces droits tel est le but du Droit des gens.

Or, les Nations devant être considérées comme autant de personnes libres qui vivent entre elles dans l'état de nature, c'est dans la loi naturelle qu'il faudra chercher leurs obligations et leurs droits, sauf à la modifier dans son application suivant la nature différente des sujets. Ainsi, le droit des gens, qui n'est originairement que le droit de la nature appliqué aux Nations, devient, par le fait même de cette application, une science particulière. Ce droit, qui consiste dans l'application du droit naturel aux Nations, que Grotius appelait *droit des gens interne* et d'autres *droit des gens naturel*, nous dirons qu'il est *nécessaire* parce que les Nations sont absolument obligées de l'observer, et *immuable* puisqu'il est fondé sur la nature de l'homme et des choses ; par suite les Nations ne peuvent, en principe, y apporter aucun changement ni se dispenser de l'obligation qu'il leur impose. Dans l'état de nature, l'incapacité de chaque homme de se suffire à lui-même l'oblige à recourir au commerce de ses semblables soit pour se conserver, soit pour se perfectionner ; ainsi s'est constituée la société

(1) T. I, p. 68.

(2) Voy. de même liv. I, § 1. En comparant cette définition à celles que fournissent les auteurs modernes, on peut remarquer que Vattel omet l'élément territorial et surtout l'existence d'un organe de direction.

Sur la personnalité morale de l'Etat, voy. liv. I, § 117.

naturelle dont la loi générale est « que chacun fasse pour les autres tout ce dont ils ont besoin et qu'il peut faire sans négliger ce qu'il se doit à soi-même » (§ 10). De même, dans la société universelle du genre humain, les Nations sont obligées de cultiver entre elles cette société humaine et la première loi générale de cette société, est que « *chaque Nation doit contribuer au bonheur et à la perfection des autres, dans tout ce qui est en son pouvoir, pourvu que cela ne nuise pas à ce qu'elle se doit à elle-même* » (§ 11 à 14).

Mais d'autre part, les hommes étant naturellement libres et indépendants, les Nations sont aussi libres et indépendantes les unes des autres ; par suite, on doit poser la seconde loi générale de leur société en ces termes : « *Chaque Nation doit être laissée dans la paisible jouissance de cette liberté qu'elle tient de la nature* » (§ 15). Or, l'effet de cette liberté sera pour chaque Nation d'être juge de ce que sa conscience exige d'elle, de ce qu'elle peut ou ne peut pas, de ce qui lui convient ou ne lui convient pas de faire et, par conséquent, d'examiner et de décider si elle peut rendre quelque office à une autre, sans manquer à ce qu'elle se doit à soi-même : une autre ne pourra la contraindre à agir de telle ou telle manière. Sans doute, il faut distinguer, suivant que l'obligation est *interne* en tant qu'elle lie simplement la conscience ; ou *externe* en tant qu'elle produit un véritable droit entre les nations ; et lorsqu'elle est externe, suivant qu'elle est *parfaite*, produisant un droit de contrainte, ou *imparfaite*, ne donnant à autrui que le droit de demander (1). Sans doute aussi, les Nations sont naturellement égales et tiennent de la nature les mêmes obligations et les mêmes droits ; par suite, ce qui est permis à l'une l'est aussi à toute autre. Mais dans ces limites une Nation restera maîtresse de ses actions, chaque fois qu'elle

(1) En particulier il y aura, pour les autres nations, un droit externe parfait à réprimer par la force celle qui viole ouvertement les lois de la société que la nature a établies entre elles (§§ 22 et 23).

n'intéressera pas les droits parfaits des autres et celles-ci ne pourront exercer contre elle aucun droit de contrainte, quand bien même elle agirait contre toute justice et pêcherait contre sa conscience. « Il est donc nécessaire, en beaucoup d'occasions, que les Nations souffrent certaines choses, bien qu'injustes et condamnables en elles-mêmes, parce qu'elles ne pourraient s'y opposer par la force, sans violer la liberté de quelqu'une et sans détruire les fondements de leur société. » Et puisqu'elles sont obligées de maintenir cette société, on présume de droit que toutes les Nations ont consenti à ce principe ; les règles qui en découlent forment ce que Wolff appela *le droit des gens volontaire*, et Vattel use du même terme bien qu'il ait cherché ailleurs le fondement de ce droit : il oppose le droit des gens volontaire au droit des gens nécessaire, par la seule analyse de la situation qui résulte pour les Nations de l'état de nature où elles se trouvent, et sans recourir à l'hypothèse d'une *civitas Gentium maxima*.

Les Nations peuvent, en outre, conclure entre elles divers engagements qui sont la source d'un nouveau droit des gens que l'on appelle *conventionnel* ou de traités. Mais, à la différence des deux premiers, ce droit ne pourra pas être universel car « il est évident qu'un traité n'oblige que les parties contractantes » ; tout ce que l'on peut faire à son sujet c'est de donner les règles générales que les Nations doivent suivre en concluant leurs traités (1) ; quant au détail de ceux-ci c'est une matière de fait qui appartient à l'histoire. D'autre part certaines pratiques, consacrées par un long usage, forment le *droit des gens coutumier* ; ce droit est fondé sur une convention tacite des Nations qui s'observe entre elles, mais par là même ce droit ne peut obliger que les Nations qui l'ont adopté (§ 24 et 25).

Ces trois espèces de droit des gens, *volontaire*, *conventionnel* et *coutumier* constituent ensemble le *droit des gens*

(1) Voy. liv. II, chap. XII à XVIII.

positif ou *volontaire* ; car il procèdent tous de la volonté présumée, expresse ou tacite des nations. Il faut les distinguer soigneusement du droit des gens *naturel* ou *nécessaire* et Vattel annonce qu'après avoir établi sur chaque matière ce que le droit nécessaire prescrit, il ajoutera tout de suite, comment et pourquoi il faut en modifier les décisions par le droit *volontaire* (1).

LIVRE PREMIER. *De la Nation considérée en elle-même.*

Ainsi que l'indique son titre, le premier livre de Vattel comme le premier chapitre de Wolff (2), est consacré à l'étude de matières presque toutes étrangères au droit international ; il se rapporte beaucoup plutôt au droit public proprement dit et se réfère à trois points principaux : notion et organisation de l'Etat souverain, fonctions du gouvernement dans la gestion des intérêts de la Nation, constitution du territoire national.

Vattel rappelle dès le début, (chap. I. *Des nations ou Etats souverains*) (3), la définition qu'il a donnée de l'Etat, et il en tire la nécessité de la souveraineté : par cela même que la réunion d'hommes, formant une Nation, a ses intérêts communs et doit agir de concert, il faut qu'elle établisse une autorité publique pour ordonner et diriger. « Cette autorité politique est la *souveraineté*, et celui ou ceux qui la possèdent sont le *souverain* » (§ 1). L'excercice de cette autorité peut être remis en diverses mains et, suivant le cas, le gouvernement que s'est donné la Nation sera une démocratie, une aristocratie ou une monarchie (4) ;

(1) Voy. notamment pour la guerre, liv. III, chap. XII.

(2) Le premier chapitre de WOLFF est intitulé : *De officiis gentium erga se ipsas ac inde nascentibus juribus.*

(3) T. I, p. 109.

(4) Vattel admet cependant que la meilleure forme de gouvernement est celle d'une monarchie limitée (p. 121, note).

mais, sous quelque forme que ce soit, « toute Nation qui se gouverne elle-même, sans dépendance d'aucun étranger, est un *Etat souverain* ». Par conséquent les Etats ne cessent pas d'être souverains, lorsque, sans se dépouiller du droit de se gouverner eux-mêmes, ils ont établi avec un autre, plus puissant, des liens extérieurs ; qu'il s'agisse d'une *alliance inégale* (1), d'un *traité de protection*, d'un *tribut* à payer, d'un *hommage* à rendre (2), d'une *soumission au même prince* (3) ou enfin d'une *confédération* perpétuelle (4). Au contraire, un peuple qui a passé sous la domination d'un autre ne fait plus un Etat et ne peut plus se servir directement du droit des gens (§ 4 à 11).

Ce sont donc les droits et les obligations des Etats libres et indépendants qu'il s'agit de déterminer.

Une nation a d'abord des devoirs envers elle-même (Chap. II. *Principes généraux d'une Nation envers elle-même*). Tout être moral doit vivre d'une manière convenable à sa nature (5), et une Nation doit se soumettre à cette règle puisqu'elle constitue un être déterminé par ses attributs essentiels qui a sa nature propre, et qui peut agir convenablement à cette nature. Or, comme il n'est plus de devoirs pour qui n'existe plus, et qu'un être moral n'est chargé d'obligations envers lui-même qu'en vue de sa perfection et de son bonheur, la somme de tous les devoirs en-

(1) Vattel semble avoir en vue ici les Etats mi-souverains. Il les admet comme Etats souverains, parce qu'il ne distingue pas entre la souveraineté interne et la souveraineté externe.

(2) Etats feudataires tels qu'ils existaient, encore du temps de Vattel, en Allemagne et en Italie.

(3) Union personnelle comme celle qui exista entre la principauté de Neufchâtel et la Prusse jusqu'au traité du 26 mai 1857 et qui intéressait particulièrement Vattel.

(4) Il cite l'exemple des anciennes villes de la Grèce, celui des Provinces-Unies, des Pays-Bas et les « membres du Corps helvétique ».

(5) V. l'*Essai sur le fondement du Droit naturel*, §§ 6, 8 9, et la *Dissertation sur cette question*, etc... § 3 à 6.

vers soi-même consistera à *se conserver et se perfectionner* (§ 14).

La *conservation* d'une Nation consiste dans la durée de l'association politique qui la forme et elle implique pour la Nation l'obligation non seulement de se conserver elle-même, mais encore de conserver ses membres. En vue de cette conservation, d'une part, la Nation devra éviter tout ce qui pourrait causer sa destruction ; d'autre part, elle aura droit à tout ce qui peut lui servir pour détourner un péril imminent (§ 16 à 20) (1). La *perfection* d'une Nation se trouve dans ce qui la rend capable de réaliser la fin de la société civile ; cette fin comprend trois objets ; pourvoir aux besoins de la Nation, lui procurer la vraie félicité et se fortifier contre les attaques du dehors (§ 15). Le devoir de cette perfection entraîne une double obligation : celle de se développer, qui résulte pour chaque homme de sa propre nature et qui incombe à chacun individuellement, et celle de travailler au bien commun, qui découle des engagements réciproques entre citoyens, et qui sera la tâche du corps entier.

Et Vattel, cherchant autour de lui des exemples à l'appui de sa thèse, oppose l'Angleterre, où une constitution admirable met chaque citoyen en état de concourir à cette grande fin de perfectionnement social, où l'on voit « de simples citoyens former des entreprises pour la gloire et le bien de la Nation », à la Pologne, dont la constitution funeste arrête l'essor d'une nation illustre par sa valeur et par ses victoires et où « un seul député opiniâtre, ou vendu à l'étranger, arrêtera tout, et rompra les mesures les plus sages et les plus nécessaires » (2). D'ailleurs, ajoute Vattel,

(1) C'est ainsi que sera justifié, pour Vattel, le domaine éminent de l'Etat sur les biens privés de ses sujets (Voy. *infra*, liv. I, § 235, 244, liv. II, § 7, 81).

(2) Vattel ne désigne pas expressément la Pologne mais cela ressort, à l'évidence, du texte par les allusions faites à la constitution polonaise. Voyez la note de l'éditeur de 1775 (p. 146 et s.) qui est

le meilleur moyen qu'a une Nation de travailler avec succès à sa perfection est qu'elle se connaisse elle-même, qu'elle connaisse les progrès qu'elle a déjà faits et ceux qui lui restent à faire.

Puisque la constitution de l'Etat décide de sa perfection, de son aptitude à remplir les fins de la société, le premier et plus important devoir d'une Nation est de choisir la meilleure constitution possible et la plus convenable aux circonstances (Chap. III. *De la constitution de l'Etat, des devoirs et des droits de la Nation à cet égard*). Aussi donne-t-on une place à part aux lois *fondamentales*, c'est-à-dire celles qui concernent le corps même et l'essence de la société, la forme du gouvernement, la manière dont l'autorité publique doit être exercée, qui forment en un mot la constitution de l'Etat (§ 29). Mais si on ne veut pas que cette constitution ne soit qu'un vain fantôme et que ces lois restent inutiles, il faut, d'une part, que la Nation veille sans relâche à les faire respecter et de ceux qui gouvernent et du peuple destiné à obéir. Il faut, d'autre part, que la Nation puisse établir et modifier sa constitution à son gré et qu'elle soit, seule, juge des contestations qui pourront s'élever au sujet de son gouvernement : aucune puissance étrangère ne sera en droit de s'en mêler et ne devra y intervenir autrement que par ses bons offices, à moins qu'elle ne soit requise ou que des raisons particulières ne l'y appellent (§ 30 à 33, 36 à 37) (1).

Quant à l'autorité qui, dans la Nation, détiendra le pouvoir de modifier la constitution, ce ne pourra être la puissance législative que si la Nation le lui a donné expressé-

particulièrement intéressante en ce qu'elle tente de justifier le partage de la Pologne par ses puissants voisins. Dans le même sens voyez la lettre de ce même éditeur reproduite en tête de l'édition Pradier-Fodéré, p. 24 et suiv.

(1) Voy., *Préliminaires*, 15 et 16, et sur les questions d'intervention, l. II, chap. IV, 54 à 57.

ment : car, d'une part, puisque la Nation a d'abord établi sa constitution et qu'elle a ensuite confié la puissance législative à certaines personnes, les lois fondamentales sont exceptées de leur commission ; d'autre part, c'est de la constitution que ces législateurs tiennent leur pouvoir, comment pourraient-ils donc la changer sans détruire leur autorité (1) ?

Le corps de la société ne retient pas toujours à soi l'autorité souveraine qui lui appartient originairement et essentiellement ; souvent il prend le parti de la confier à un sénat ou à une seule personne (2) ; ce sénat ou cette personne, est le *souverain* (Chap. IV. *Du souverain, de ses obligations et de ses droits*). Mais ce souverain n'est établi que pour le bien commun de tous les citoyens. Il représente la Nation en ce qu'il devient le sujet où résident les obligations et les droits relatifs à la personne morale de la société politique ; par suite, ses devoirs et ses droits sont ceux même de cette nation concernant sa conservation et sa perfection (§ 40 à 45). Il doit respecter et maintenir les lois fondamentales, car elles sont le plan sur lequel la Nation a résolu de travailler à son bonheur et l'exécution seule lui en a été confiée ; quant aux lois ordinaires, si revêtu de la puissance législative il peut les abolir lorsque le bien de l'Etat le demande, du moins doit-il les observer tant qu'elles subsistent (§ 46 à 48).

Cependant, après avoir posé le principe de la soumission du prince à l'observation des lois, Vattel y apporte tant

(1) S'appuyant sur ces considérations, Vattel n'admet pas la conception commune d'après laquelle le Parlement Anglais, n'étant lié par aucun texte rigide, peut modifier à son gré la Constitution (§ 34, *fine*).

Sur ce § 34 qui résume la théorie de Vattel sur les lois fondamentales, voy. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, 3e *édit.*, p. 407 et 408.

(2) Vattel admet en principe un prince ou un Sénat, mais il ne parle plus ensuite que d'un prince.

d'exceptions qu'il en arrive à se contredire lui-même. Il admet notamment que le prince, afin de n'avoir rien à redouter dans l'exercice de ses fonctions, est au-dessus des lois pénales et que sa personne est sacrée et inviolable ; puis, devant les dangers d'un pareil attribut, il en vient à reconnaître à la Nation le droit de juger et de punir un tyran qui voudrait l'opprimer et c'est elle-même qu'il fait juge des actes de son souverain et du moment où commence l'oppression, admettant seulement qu'un compromis peut intervenir entre le prince et ses sujets pour soumettre au jugement d'une puissance amie les contestations qui s'élèveraient entre eux (§§ 51 et 52). A côté de cette résistance nationale, Vattel admet certains cas de résistance individuelle : si tous les citoyens doivent une fidèle obéissance au prince que la Nation reconnaît pour son souverain légitime, cette obéissance cependant ne doit pas être aveugle, elle ne peut aller jusqu'à autoriser à violer la loi naturelle et les sujets auront le droit de résister aux ordres qui constituent des injures manifestes et atroces et qui, allant contre la loi naturelle, les obligeraient en particulier à renoncer à la vie (§ 54). Mais il faut reconnaître que, malgré les exemples que Vattel accumule, sa doctrine sur le droit de résistance reste des plus vagues et ne permet pas d'en déduire une règle de conduite, soit pour les citoyens, soit pour l'autorité elle-même.

Le souverain gouvernera par l'intermédiaire de ministres, mais Vattel semble bien n'avoir en vue qu'un gouvernement absolu, puisqu'il ne les considère que comme « des instruments dans les mains du prince » (§ 55).

La Nation peut ne conférer la souveraineté que pour la personne même de celui qu'elle choisit, se réservant le droit d'élire, après sa mort, celui qui doit le remplacer (chap. I, *Des Etats électifs, successifs ou héréditaires, et de ceux qu'on appelle patrimoniaux*) (1). Dans ce cas l'Etat

(1) T. I, p. 208.

est *électif ;* mais la souveraineté de ce prince ne se trouve pas diminuée par la manière dont il parvient à sa dignité, si d'autre part il représente véritablement la Nation (§§ 56 et 57). Ou bien la Nation peut, pour éviter les troubles qui accompagnent l'élection d'un prince, faire son choix pour une longue suite d'années en établissant le droit de succession à la couronne et en constituant ainsi un royaume *héréditaire* ou *successif*. Parfois aussi, ce droit de succession peut avoir été introduit par concession d'un autre souverain, ou par usurpation, ou, comme le prétend Grotius, par la conquête ou le droit d'un propriétaire qui, se trouvant maître d'un pays, y appellerait des habitants ; mais, quelle que soit sa source, il suppose toujours le consentement tout au moins tacite de la Nation, car il n'est établi que pour le bien et le salut de l'Etat (§§ 59 et 60). On ne saurait, au contraire, l'expliquer par un droit de propriété, que certains auteurs prétendent attribuer au prince : c'est une erreur qui provient d'une application fausse que l'on a faite des lois sur les héritages des particuliers et c'est une maxime injurieuse pour l'humanité (1).

C'est à ces principes très libéraux que Vattel demande la solution de toutes les questions soulevées par la dévolution de la couronne. Il donne à la Nation le droit d'imposer une renonciation à une branche qui s'établit ailleurs, ou à une fille qui épouse un prince étranger et celui de suppléer à l'incapacité d'un prince en nommant un régent (§§ 62 à 64). Il interdit au prince de partager son Etat entre ses enfants, à moins qu'il ait réuni sous sa puissance plusieurs nations différentes. Il reconnaît à la Nation seule, le pouvoir de décider sur les contestations soulevées par la succession au trône et condamne l'usage d'après lequel ce jugement a pu dépendre du jugement d'une puissance étran-

(1) « L'Etat n'est ni ne peut être un patrimoine, puisque le patrimoine est fait pour le bien du maître, au lieu que le prince n'est établi que pour le bien de l'Etat » (§ 61).

gère (§§ 66 et 67). Enfin, il repousse l'expression et la notion d'*Etats patrimoniaux*, car l'Etat ne peut être un patrimoine. Si certains princes ont pu désigner leur successeur, c'est qu'ils en ont reçu le pouvoir de la nation, mais ce n'est point et ce ne peut être une aliénation proprement dite : la véritable souveraineté est inaliénable et les exemples qu'ont donnés Grotius et d'autres, d'aliénations de souverainetés, dévoilent des abus de pouvoir mais ne prouvent aucun droit (§§ 68 et 69) (1).

Ayant déterminé les principes qui dominent la constitution de l'Etat, Vattel s'occupe des fonctions que doit remplir un bon gouvernement et les range sous trois chefs qu'il énonce ainsi : 1° pourvoir aux besoins de la Nation ; 2° procurer la vraie félicité de la Nation ; 3° se fortifier contre les attaques du dehors. Ce sont, en effet, les fins mêmes qu'il assignait précédemment à la société civile et nous savons, d'autre part, que le prince, une fois revêtu de l'autorité souveraine, est chargé des devoirs de la Nation envers elle-même (2).

Le premier de ces devoirs étant de procurer aux membres de la nation « les nécessités, les commodités, et même les agréments de la vie », la première fonction, la plus essentielle, d'un bon gouvernement sera de pourvoir aux besoins du peuple et de faire régner dans l'Etat une heureuse abondance (chap. VI, *Principaux objets d'un bon gouvernement : 1° pourvoir aux besoins de la Nation*) (3). Pour cela il devra prendre soin qu'il y ait un nombre suffisant d'ouvriers habiles dans chaque profession utile ou nécessaire, et empêcher ceux qui se trouvent dans l'Etat d'en sortir, d'abord en leur procurant du travail puis, au besoin, en les retenant d'autorité (§§ 73 et 74). Sans apprécier la

(1) Voyez la critique de cette théorie de Vattel dans Michaud, *Biographie universelle*, t. XLVII, p. 702.

(2) Chap. II, § 15. Chap. IV, §§ 41 et 42.

(3) T. I, p. 241.

théorie d'un Etat-providence que présente Vattel et qui caractérise son système, il nous suffira de remarquer que sa réglementation étatiste le conduit à proclamer un véritable droit au travail, car le gouvernement, en retenant de force les citoyens, contracte l'obligation non seulement de les employer mais encore de leur procurer, à chacun dans sa profession, un emploi aussi constant et aussi lucratif que celui qu'il aurait pu avoir ailleurs. Mais ce droit de rétention lui-même constitue une mesure d'oppression désastreuse et injuste : Vattel est obligé de reconnaître qu'un ouvrier qui a voyagé peut revenir dans sa patrie plus habile et mieux en état de la servir utilement, et il est difficile de trouver avec lui des « raisons particulières » assez fortes pour refuser aux ouvriers le droit de quitter la société alors qu'il l'accorde en principe à tout citoyen (1).

Vattel recommande d'encourager le travail et l'industrie comme on le fait en Angleterre et, prétend-il même, en Irlande ; mais ce qui présente beaucoup plus d'importance à ses yeux, en conformité avec la doctrine économique de son temps, c'est la culture des terres (chap. VI, *De la culture des terres*). On croirait lire Dupont de Nemours ou Mercier de la Rivière devant ces phrases (2) : « De tous les arts, le labourage ou l'agriculture est sans doute le plus utile et le plus nécessaire. C'est le père nourricier de l'Etat. La culture des terres en multiplie infiniment les productions ; elle forme la ressource la plus sûre, le fonds de richesse et de commerce le plus solide, pour tout peuple qui habite un climat heureux » (§ 77). Aussi le gouvernement doit-il éviter avec soin tout ce qui peut rebuter le laboureur ou le détourner de son travail : il doit non seulement s'abstenir d'établir des tailles ou des impôts excessifs et mal pro-

(1) Voy. *infra*, chap. XIX, § 220.

(2) Voyez aussi la phrase par laquelle débute le livre de CANTILLON *Essai sur la nature du commerce*, qui parut en 1755, trois ans par conséquent avant l'ouvrage de Vattel.

portionnés qui chargent presqu'uniquement les cultivateurs, mais encore mettre en honneur le métier des champs par des récompenses et des encouragements publics. Par contre, on ne devra pas souffrir que des communautés, comme l'Eglise, ou des particuliers acquièrent de grandes terres pour les laisser incultes ; il faudra prendre des mesures efficaces pour que la totalité du territoire produise le plus grand revenu possible, car chaque nation est obligé, par la loi naturelle, de cultiver le pays qui lui est échu en partage et elle n'a le droit de s'étendre, ou de recourir à l'assistance des autres, qu'autant que la terre qu'elle habite ne peut lui fournir le nécessaire (§§ 78 et 81). Ces conseils de réglementation sont curieux à noter car, non seulement, ils sont loin du *laisser faire* préconisé par les physiocrates contemporains de Vattel, mais encore ils rappellent étrangement la conception moderne du droit de propriété dans certaines doctrines socialistes, d'après lesquelles on ne peut user de sa propriété que conformément à son usage.

C'est par le moyen du commerce que les particuliers et les nations peuvent se procurer les choses dont ils ont besoin et qu'ils ne trouvent pas chez eux (chap. VIII, *Du commerce*) et le commerce extérieur n'est pas moins utile que l'intérieur, car s'il est bien dirigé, il peut en outre devenir pour la Nation une source de richessses : ainsi l'ont compris la Carthage antique, plus tard la Hollande et l'Angleterre (§ 83 à 87). Les droits qu'ont les nations entre elles, dans ce commerce extérieur, sont déterminés par la loi naturelle, puisque celle-ci autorise chaque homme à se procurer les choses dont il a besoin, en les achetant à un prix raisonnable à ceux qui n'en ont pas besoin pour eux-mêmes ; les nations entre elles auront le même droit d'acheter, mais ce droit n'est qu'imparfait, en ce sens qu'une nation ne peut contraindre une autre à lui vendre, celle-ci restant seul juge de ce dont elle a besoin et de ce dont elle peut se dessaisir ; à l'inverse, la loi naturelle ne

donne à qui que ce soit, ni à aucune nation, le droit de vendre ce qui lui appartient à qui ne veut pas l'acheter et, par conséquent, un Etat est en droit de défendre l'entrée des marchandises étrangères sans que les autres Etats aient à s'en plaindre. Il dépendra donc de la volonté de chaque nation d'exercer le commerce avec une autre ou de ne pas l'exercer et si elle veut le permettre à l'une, il dépendra d'elle de le faire sous telles conditions qu'il lui conviendra (1) et même de changer plus tard de volonté, en interdisant le commerce autorisé.

A ces règles de la loi naturelle, les hommes et les Etats peuvent, par conventions, apporter des dérogations et s'obliger parfaitement les uns vis-à-vis des autres aux choses auxquelles la nature ne les obligeait qu'imparfaitement. C'est l'objet des traités de commerce que Vattel étudiera plus loin (2). Les droits que les nations tiennent de la nature comme ceux que leur donnent les traités, en matière de commerce, sont imprescriptibles, en ce sens que constituant de simples pouvoirs, *jura meræ facultatis*, ils ne se perdent pas, même lorsqu'on laisse écouler un grand nombre d'années sans en faire usage. Ces droits, d'ailleurs, sont un bien commun à la Nation et tous ses membres doivent en bénéficier également, aussi Vattel condamne-t-il, en principe, la pratique des monopoles et des compagnies de commerce à privilège exclusif ; mais cette matière est purement économique et nous n'aurons ici qu'à la mentionner ainsi que celle de la balance du commerce et des droits d'entrée dont Vattel parle ensuite (§ 97 à 99). Nous ferons seulement observer que, s'il se rapproche des tendances économiques libérales de son époque à propos des monopoles, il reste encore bien près du système mercantile lorsqu'il admet la possibilité de maintenir la richesse dans un pays par l'abondance artificielle des

(1) V. *infra*, liv. II, § 24 et 25.
(2) V. *infra*, liv. II, § 26 à 33.

métaux précieux et lorsqu'il croit à l'efficacité des droits d'entrée pour modifier les goûts et les besoins d'une population ; il est juste, il est vrai, d'observer que l'ouvrage de Cantillon venait à peine de paraître (1755) lorsque Vattel publiait le sien.

Se rattachant au commerce comme en étant le moyen d'exercice indispensable, les chemins publics et voies de communication (chap. IX, *Du soin des chemins publics et des droits de péage*) ; le Gouvernement doit donc y porter son attention et les tenir en bon état, mais comme leur utilité concerne la nation entière, il pourra pour ne pas surcharger les revenus ordinaires de l'Etat soit s'adresser aux citoyens en les obligeant à y travailler personnellement, soit faire contribuer aux dépenses tous ceux qui en profitent, sous forme de péages pour lesquels les étrangers pourront être taxés à l'exclusion des citoyens eux-mêmes (§ 100 à 104).

Concernant ensuite la monnaie et le change (chap. X, *De la monnaie et du change*), les développements de Vattel se ressentent heureusement du souvenir désastreux qu'avaient laissé les pratiques monétaires des Valois; il comprend le rôle, l'importance et le caractère de la monnaie et s'il accorde à l'Etat, en cas de nécessité pressante, le droit « d'ordonner aux citoyens de recevoir la monnaie à un prix supérieur à sa valeur réelle », il ajoute avec beaucoup de justesse : « mais comme les étrangers ne la recevront point à ce prix-là, la Nation ne gagne rien à cette manœuvre : c'est farder pour un moment la plaie sans la guérir ». Cet excédent de valeur, ajouté arbitrairement à la monnaie, est d'ailleurs une vraie dette que le souverain contracte envers les particuliers et, aussitôt la crise passée, on doit racheter toute cette monnaie aux dépens de l'Etat (§§ 105 et 106). Vattel pose, sans le justifier, le droit pour l'Etat de battre monnaie : les faux monnayeurs commettent donc un crime des plus graves, puisqu'ils volent à la fois le public et le prince ; la nation qui protège des faux-mon-

nayeurs ou qui contrefait elle-même la monnaie d'une autre fait injure à celle-ci.

Le second effet d'un bon gouvernement est de *procurer la vraie félicité à la Nation* (chap. XI) (1). Pourvoir aux besoins du peuple, assurer l'abondance dans l'Etat c'est une question de nécessité, mais cela ne suffit pas au bonheur d'une nation, car l'expérience montre qu'un peuple peut être malheureux au milieu de tous les biens de la terre et dans le sein des richesses.

Dans ce second objet de sa mission, Vattel reconnaît au gouvernement trois moyens d'actions : le développement intellectuel et moral de la Nation, une saine religion et une bonne justice.

Pour travailler à la félicité d'une nation il faut d'abord l'instruire à chercher cette félicité où elle se trouve, c'est-à-dire dans la perfection, et lui enseigner les moyens de se la procurer. Les premières impressions étant d'une extrême conséquence pour toute la vie, l'éducation de la jeunesse est une des matières qui méritent le plus l'attention du gouvernement et celui-ci ne « doit point s'en reposer entièrement sur les pères ». Le meilleur modèle à suivre à ce point de vue est, pour Vattel, celui des Romains sans toutefois qu'il pousse aussi loin que les philosophes de son temps l'imitation de l'antiquité (§§ 111 et 112).

Le souverain devra également favoriser les sciences et les arts, protéger les savants et les grands artistes, exciter

(1) Cette seconde fonction est certainement pour Vattel la plus importante : il ne range qu'après la fonction de force qui, de nos jours au contraire, est considérée comme la plus essentielle de l'Etat. Par là Vattel se rapproche beaucoup des doctrines socialistes qui voient dans l'Etat une puissance surnaturelle distribuant une somme infinie de bonheur ; mais il reste en conformité avec la théorie wolffienne de la perfection sociale et le principe leibnitzien du bonheur humain. Mably dit également : « Le citoyen a droit dans tout Etat, d'aspirer au Gouvernement le plus propre à faire le bonheur public. » (*Lettre seconde*).

les talents par des honneurs et des récompenses ; il devra, en particulier, assurer la « liberté de philosopher », c'est-à-dire permettre à tout esprit de se manifester et de se développer sans crainte.

Vattel attache une grande importance à la religion et lui consacre un chapitre spécial (chap. XII, *De la piété et de la religion*). Mais il y voit surtout un moyen politique pour affirmer l'autorité publique et, par l'utilité vulgaire qu'il lui prête, il rabaisse le sentiment religieux au rang secondaire d'un instrument de coercition. Pour lui, la piété éclairée dans une nation, n'est pas seulement « la plus pure source de félicité », elle est encore « le plus ferme appui d'une autorité légitime » (§ 125), et la religion qui est affaire de conscience tant qu'elle est dans les cœurs, devient une affaire d'Etat dès qu'elle est extérieure et publiquement établie (1). Après avoir posé le principe de la liberté de conscience pour les particuliers, vérité qu'il trouve honteuse pour l'humanité d'être obligé de prouver, il aboutit à une véritable contradiction lorsqu'il déclare que « l'établissement de la religion par les lois et son exercice public sont matières d'Etat et ressortissent nécessairement à l'autorité publique » (§§ 128 et 129). Il en résulte une certaine obscurité lorsque Vattel en vient à se demander quelle doit être la ligne de conduite à suivre par la Nation, soit pour choisir une religion nouvelle, soit pour modifier la religion établie ; dans l'invraisemblance et la diversité des situations qu'il imagine, il semble cependant qu'à ses yeux, il soit préférable de maintenir une religion unique, ou tout au moins, qu'il ne faut admettre d'autres sectes que si le nombre des dissidents le justifie et s'il ne doit pas en résulter de dangers pour l'ordre public (2).

(1) Ces notions ont été critiquées par tous les commentateurs de Vattel : voy. en particulier les notes de l'éditeur de 1775, (t. I, p. 340 et 344) et sa lettre (en tête de l'édition Pradier-Fodéré, p. 28).

(2) Voy. de même *infra* : « La diversité dans les opinions et dans

Cette contradiction primordiale se perçoit surtout dans la détermination des « devoirs et des droits du souverain à l'égard de la religion », c'est-à-dire, sous une forme plus moderne, dans la détermination du rôle du gouvernement en matière religieuse ; sans doute Vattel proclame qu'en général, « le moyen le plus sûr de prévenir les troubles que la diversité de religion peut causer, est une tolérance universelle de toutes les religions qui n'ont rien de dangereux, soit pour les mœurs, soit pour l'Etat » (§ 135) ; mais il admet également, que le souverain peut « favoriser la religion qui lui paraît la véritable ou la meilleure..... et employer toute sa puissance pour empêcher que l'on n'en annonce une qu'il juge pernicieuse aux mœurs et dangereuse à l'Etat » (§ 132) et que la diversité dans les opinions et dans le culte causant souvent des désordres et de funestes discussions, « un souverain prudent et équitable verra, dans les conjectures, s'il convient de tolérer ou de prescrire l'exercice de plusieurs cultes différents » (§ 134). On peut cependant dégager de l'exposé de Vattel ce principe, que le souverain ne doit se mêler des affaires religieuses qu'en tant qu'elles intéressent le bien et la tranquillité de la société et, par conséquent, qu' « il ne doit user de son pouvoir que contre ceux dont la conduite, en fait de religion, est nuisible ou dangereuse à l'Etat et non pour punir de prétendues fautes contre Dieu » (§ 133).

Le souverain doit avoir d'abord un droit d'inspection

le culte a causé souvent des désordres et de funestes dans un Etat, et pour cette raison plusieurs ne veulent souffrir qu'une seule et même religion ». (§ 135, *fine*). Montesquieu, au contraire, avait aperçu les avantages qui résultent de la multiplicité des sectes dans une Nation (*Lettres Persanes*, let. 95 (Amsterdam, 1758), p. 173) et Mirabeau plus tard les mit en lumière devant la Constituante lorsqu'il dit : « Là où plusieurs religions se surveillent, toutes s'épurent..... on ne peut craindre la corruption que d'une religion dominante qui n'a rien à redouter ».

sur les affaires de la religion : il lui appartient d'examiner la doctrine pour décider ce qu'on en peut enseigner et c'est à lui qu'incombe le soin de veiller à ce qu'on n'abuse point de la religion établie, soit en se servant de la discipline dans un but intéressé, soit en présentant la doctrine sous une forme préjudiciable à l'Etat (1).

Mais cette surveillance resterait vaine si on ne donnait pas en outre au souverain un pouvoir d'autorité sur les ministres du culte. Les membres du clergé, comme les magistrats et les militaires, sont des « officiers de la république » : tous sont également « comptables au souverain » ; sans doute, on ne pourra obliger un prêtre à prêcher une doctrine qu'il ne croirait pas agréable à Dieu, mais s'il ne peut se conformer à cet égard à la volonté du souverain, il doit renoncer à continuer son ministère (§ 142). Admettre que des citoyens remplissant d'aussi importantes fonctions puissent se prétendre indépendants de l'autorité souveraine, serait contraire aux premiers fondements de la société, car ce serait établir deux puissances distinctes et rivales dans un même Etat (§ 141) ; « dès que le clergé fait un corps à part, il est formidable ». Il faut accorder au clergé toute l'autorité qui répond à ses fonctions, mais il faut également veiller à ce qu'il n'abuse pas de son autorité et on doit, à son égard, pratiquer la règle suivante : « beaucoup de considération, point d'empire, encore moins d'indépendance » (§ 143).

Vattel a très bien compris les dangers qu'il y aurait à refuser au souverain cette autorité sur le clergé ; ils lui sont dévoilés par l'histoire des luttes que les différents Etats eurent à soutenir contre la puissance ecclésiastique et il les énumère longuement dans la fin du chapitre (§ 145

(1) Vattel donne un exemple curieux de cette « face », préjudiciable pour l'Etat, que la doctrine religieuse pourrait revêtir : il émet l'hypothèse de vœux monastiques unanimes et signale les conséquences désastreuses qui résulteraient de ce renoncement général au monde (§ 140).

et suiv.) Il aperçoit les abus qui peuvent résulter d'une trop grande puissance des papes et qui se manifestèrent, lors de la lutte entre Boniface VIII et Philippe le Bel, par une ingérence générale du pape dans les affaires temporelles à l'intérieur du royaume et en particulier par sa prétention de pourvoir aux bénéfices ecclésiastiques (§§ 147 et 148) ; il signale également les dangers qui peuvent résulter pour l'Etat du célibat des prêtres, de la création de couvents nombreux et puissants, de la prééminence du clergé, de ses privilèges et de ses immunités fiscales, de son droit d'excommunication, etc., et chacun de ces dangers justifie, à ses yeux, les pouvoirs que l'on doit accorder au souverain en matière religieuse.

On a beaucoup reproché à Vattel d'avoir fait preuve, dans ce chapitre, d'un esprit sectaire, intransigeant et de s'être laissé entraîner par des sentiments de rancune religieuse. Ces reproches, qui lui ont été surtout adressés par des commentateurs catholiques (1), ne sont fondés qu'en partie : sans doute, dans certains passages, Vattel montre une grande méfiance à l'égard du clergé et accorde au souverain en matière de religion des pouvoirs qui peuvent paraître exagérés, par exemple lorsqu'il prétend donner au souverain le droit d'imposer aux ecclésiastiques la doctrine qu'ils doivent prêcher, sous peine d'abandonner leurs fonctions (2) ; mais il n'en reste pas moins tolérant et s'il reconnaît que les nécessités de l'Etat obligent le souverain à intervenir en matière religieuse, du moins exige-t-il que cette intervention se limite aux manifestations extérieures et publiques du culte (§ 133). Cette tolérance est surtout remarquable à une époque où les souvenirs histo-

(1) En particulier par l'éditeur de 1775 (v. ses notes et sa lettre p. 28) par Pinheiro-Ferreira (dans ses notes) et par les frères Michaud, *Biographie universelle*, t. XLVII.

(2) § 142. Voy. aussi ce que Vattel dit plus loin sur le service militaire que doivent accomplir les membres du clergé (liv. III, chap. II, § 10).

riques des luttes religieuses étaient encore très vifs et où les théories des légistes accordaient au souverain un pouvoir absolu en matière religieuse ; ce que Vattel s'est approprié de ces dernières se justifie par les dangers que courut l'Etat lors des conflits de la papauté avec les souverains européens et qui, on le sent, ont fortement frappé son esprit (1).

Après la religion, un des principaux devoirs d'une Nation concerne sa justice (chap. XIII, *De la justice et de la police*), et par là Vattel entend l'établissement de bonnes lois et leur fidèle observation. Si les hommes étaient toujours également justes, équitables, éclairés, les lois naturelles suffiraient sans doute à la société, mais l'ignorance, les illusions de l'amour-propre, les passions, rendent trop souvent impuissantes ces lois sacrées et tous les peuples policés ont senti la nécessité de faire des lois positives que la Nation doit s'attacher à maintenir et à faire respecter (§ 160). Le souverain doit avoir, en cette matière, non seulement une part considérable dans la confection des lois, mais c'est à lui qu'incombe le soin, ces lois, une fois établies, de les faire exécuter (2). Pour cela, il doit s'en remettre à des juges intègres et éclairés, car « il n'aurait ni le temps nécessaire pour s'instruire à fond de toutes les causes, ni mêmes les connaissances requises pour en juger » ; ces tribunaux doivent connaître en particulier des causes du fisc, c'est-à-dire « toutes les questions qui peuvent s'élever contre ceux qui exercent les droits utiles du prince et des sujets » (§ 164). D'ailleurs la partie condamnée

(1) V. en particulier §§ 145, 146 et 154.

(2) On voit ici (§ 161 et 162) que Vattel confond dans la même main le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et l'administration de la justice ; c'est qu'en effet, fidèle à la théorie de l'école du droit de la nature et des gens, afin que l'Etat reste fort et régulièrement organisé, il confie au prince seul tous ses pouvoirs. (Liv. I, § 45). Voy. de même Pufendorf, *Jus naturæ*, liv. VII, ch. IV, n° 9 et Wolff, *Jus naturæ*, t. VIII, § 61, 63.

par un premier juge pourra en appeler à un tribunal supérieur, qui examine la sentence et qui la réforme s'il la trouve mal fondée ; mais il faut que ce tribunal suprême ait l'autorité de prononcer définitivement et sans retour ; on doit renoncer, en particulier, à la pratique de recourir au prince lui-même, car il est trop aisé de le surprendre par des raisons spécieuses ou en faisant agir la faveur et l'intrigue (§ 165).

A côté de cette justice *civile*, Vattel parle d'une justice *attributive* ou *distributive* qui consiste essentiellement à régler, dans un Etat, la distribution des emplois publics, des honneurs et des récompenses, mais à laquelle il rattache aussi la punition des coupables. Le *droit de punir*, pour lui, n'est autre que le droit de défense individuelle qui appartient à tout homme dans l'état de nature et qui a été transféré à la société sous la forme d'un droit de vengeance pour protéger les citoyens (1) (§ 169). Pour exercer ce droit de punir, la Nation a besoin de lois criminelles, c'est-à-dire de règles qui assignent d'avance des peines aux mauvaises actions, car « il serait dangereux d'abandonner entièrement la punition des coupables à la discrétion de ceux qui ont l'autorité en main ». L'application des lois criminelles, comme celle des lois civiles, doit être confiée à des magistrats et le prince doit s'interdire de violer les formes de la justice dans la recherche des coupables, car « il n'y a plus de liberté pour les citoyens, dès qu'ils ne sont plus assurés de ne pouvoir être condamnés que suivant les lois, dans les formes établies et par leurs juges ordinaires » (§ 172). Le souverain doit faire exécuter les sentences prononcées

(1) Vattel ajoute : « Voilà d'où vient le droit de Glaive, qui appartient à une nation ou à son conducteur. Quand elle en use contre une autre nation, elle fait la guerre ; lorsqu'elle s'en sert à punir un particulier, elle exerce la justice *vindicative*. »

Sur ce fondement du droit de punir, voy. *infrà* p. 457.

Cf Burlamaqui, *Principes du droit de la nature et des gens* (édition de 1821), t, II, p. 739.

sans les aggraver, mais il aura le droit de faire grâce dans les cas particuliers où, sans qu'il en résulte de préjudice pour personne, l'intérêt de l'Etat exige une exception (§ 173).

C'est au prince et aux magistrats armés de ces pouvoirs qu'il appartient de maintenir l'ordre et il doit être défendu aux particuliers de se faire justice eux-mêmes lorsqu'ils peuvent recourir aux tribunaux, c'est-à-dire en dehors des cas de légitime défense. Si l'on veut cependant voir disparaître l'usage du duel, qui constitue un désordre manifestement contraire au but de la société, il ne faudra pas se contenter d'édicter des peines sévères, comme le fit Louis XIV, mais bien plutôt s'efforcer de détruire, chez les hommes ce préjugé ridicule, « cette idée gothique que l'honneur les oblige à venger eux-mêmes leurs injures personnelles » (1) (§ 176).

Ce chapitre sur la justice reflète la préoccupation de combattre les abus qui illustrent l'administration de la justice dans l'ancien régime ; aussi, toutes les réformes proposées par Vattel se retrouveront-elles parmi celles que la Constituante tenta de réaliser après que les philosophes du XVIIIe siècle les lui eurent signalées. Il ne semble pourtant pas que Vattel ait vu aussi loin et aussi profondément que ceux-ci et, en plusieurs points, il est resté en arrière des écrivains de son temps. Tout d'abord il ne formule aucun principe sur l'indépendance qui est nécessaire à l'organe judiciaire : non seulement il n'en fait pas un pouvoir distinct, comme le voulait Montesquieu (2), mais encore, tantôt il confond

(1) Les moyens proposés par Vattel pour aboutir à ce résultat sont ingénieux quoique peu efficaces ; ce serait d'abord d'accorder la grâce de l'offensé et de punir sans miséricorde celui qui l'a outragé, ainsi « chacun serait sur ses gardes pour éviter d'être considéré comme agresseur » ; ce serait ensuite de ne permettre le port de l'épée qu'aux nobles et aux gens de guerre et d'instituer un tribunal particulier pour juger sommairement de toutes les affaires d'honneur entre les personnes de ces deux ordres, comme le faisait le tribunal des maréchaux de France, etc. (t. I, p. 459 et 460).

(2) *L'esprit des lois* parut en 1748, dix ans par conséquent avant

l'administration de la justice et l'exercice de la puissance législative (§ 161), tantôt il considère la justice comme une simple branche du pouvoir exécutif (§ 162), si bien qu'on ne peut rapprocher sa conception ni de la théorie de Rousseau, qui, sous le nom de gouvernement, réunissait le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire mais les séparait du pouvoir législatif résidant dans le peuple; ni de la théorie de Locke, qui considérait le pouvoir judiciaire comme un prolongement du pouvoir législatif mais le distinguait très nettement du pouvoir exécutif.

Sur les abus de l'ancien régime eux-mêmes, il est beaucoup moins catégorique que les philosophes. Il attaque la justice retenue surtout en matière criminelle ; il décide que le prince n'entreprendra pas de juger lui-même les coupables parce que « cela ne convient pas à la majesté du souverain » et il réprouve, en particulier, l'usage de donner à un accusé des commissaires choisis au gré de la cour (1) (§ 172) ; mais, en matière civile, par contre, il admettait que le prince jugeât lui-même s'il avait le temps nécessaire et s'il possédait les connaissances acquises (§ 163). Sans doute, d'une manière générale, il combat les pratiques qui permettaient au roi d'arrêter le cours de la justice criminelle, car « tout souverain qui néglige ou qui viole les formes de la justice dans la recherche des coupables marche à grands pas à la tyrannie », mais il ne vise pas directement les lettres de cachet et, quant au droit de grâce qu'il accorde au souverain sans limitation, il semble bien qu'il reproduise l'ancien droit de *dispensatio* et confonde la grâce et l'amnistie puisque, d'après lui, ce serait pour « l'exécuteur des lois le pouvoir d'en dispenser » (§ 173).

l'ouvrage de Vattel, et il est plus que certain que celui-ci le connaissait.

(1) Comp. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, liv. VI, chap. v et sur les jugements par commissaires, liv. XII, chap. XXII.

Ses besoins matériels satisfaits, les éléments de sa félicité réunis, il reste un troisième devoir à une Nation, qui semble primordial car il intéresse non seulement sa perfection, mais encore sa conservation, son existence même (§ 177) : *se fortifier contre les attaques du dehors* (chap. XIV). La réalisation de cet objet dépendra de la puissance de la Nation, c'est-à-dire de la mesure de ses forces comparées à celles de ses voisins et pouvant lui permettre de se faire respecter et de repousser quiconque voudrait l'attaquer (§§ 178 et 185). Trois éléments contribuent à cette puissance : le nombre des citoyens que « l'Etat doit s'appliquer à multiplier », soit en accordant des faveurs aux pères de famille, soit en s'opposant à l'extension inconsidérée du célibat des prêtres ; la valeur de ces citoyens qui se manifeste surtout dans leurs vertus militaires ; enfin les richesses qui comprennent, non seulement les revenus du trésor public, mais encore ce qui en forme la base première : l'aisance des particuliers. Mais cette puissance ne suffit pas pour permettre à une Nation de se faire respecter par ses voisins : il faut qu'elle y joigne une réputation bien établie, une gloire éclatante.

La *gloire d'une Nation* consiste « dans le jugement avantageux des gens sages et éclairés », jugement qu'elle peut mériter soit par la conduite de ceux qui administrent ses affaires, soit par les vertus des sujets qui la composent.

Des deux éléments qui contribuent à la consolidation extérieure d'une nation, Vattel semble attacher une bien plus grande importance à ce qu'il appelle la gloire, c'est-à-dire la considération qu'on tient des autres peuples, qu'aux forces naturelles et économiques et il va jusqu'à conclure qu'attaquer la gloire d'une nation c'est lui faire injure (§ 191). Cette conception est conforme à l'obligation de perfectionnement réciproque que Vattel impose aux Nations (liv. II, § 6 et 14). Sans doute la gloire d'une nation est un bien très réel et incontestable et chaque Etat doit aux autres le respect de leur personnalité physique et poli-

tique ; mais cette dignité morale se trouvera suffisamment protégée si les Etats accordent, dans leurs rapports, au principe d'égalité toute l'application qu'il doit avoir, sans qu'il soit besoin de leur imposer une obligation spéciale.

Lorsqu'une nation, cependant, n'est pas capable de se garantir elle-même de l'insulte ou de l'oppression, elle peut se ménager la protection d'un Etat plus puissant (chap. XVI, *De la protection recherchée par une nation, et de sa soumission volontaire à une puissance étrangère*). Cette protection peut se présenter sous deux formes : régulièrement c'est « un simple traité de protection qui ne déroge point à la souveraineté et qui ne s'éloigne des traités d'alliance ordinaires que par la différence qu'il met dans la dignité des parties contractantes » (§ 192) ; mais le plus souvent on va plus loin et il s'agit d'une véritable « soumission volontaire » d'une nation à une autre (§ 193). Cette soumission peut prendre des formes et atteindre des degrés très variables, suivant la volonté des contractants ; elle pourra aller jusqu'à anéantir totalement la souveraineté de la nation protégée et aboutir à un véritable assujettissement, mais dans ce dernier cas, Vattel reconnaît aux citoyens un véritable droit d'option en leur permettant de vendre leurs biens et de se retirer ailleurs. Quel que soit d'ailleurs son degré, cette soumission étant tout à fait volontaire sera essentiellement révocable et le pacte qui la consacre pourra être annulé lorsque les obligations réciproques qui en résultent ne seront pas exécutées (§ 196 à 199) ; en particulier, si le protecteur veut s'arroger sur la nation protégée plus de droits que le traité ne lui en donne ou s'il néglige de la protéger effectivement.

Mais de cette soumission volontaire, Vattel distingue expressément et dans un chapitre spécial (chap. XVII, *Comment un peuple peut se séparer de l'Etat dont il est membre*, etc.), les liens qui unissent un peuple à son souverain naturel ; les deux cas sont fort différents : dans le premier une nation libre n'a sacrifié sa liberté qu'en

vue d'être protégée, sans espérer d'autre avantage ; dans le second au contraire, les divers membres d'un même Etat, participant tous également aux avantages qu'il procure, doivent constamment le soutenir ; si ceux qui sont menacés ou attaqués pouvaient se détacher des autres pour éviter un danger présent, tout Etat serait bientôt dissipé et détruit.

Jusqu'ici Vattel n'a considéré la nation qu'en elle-même. Il traite maintenant du pays qu'elle occupe (chap. XVIII, *De l'établissement d'une nation dans un pays*) (1). L'appropriation des terres est une nécessité à laquelle tout peuple doit recourir afin de pouvoir en tirer sa subsistance sans être troublé dans son travail, ni frustré du prix de ses peines. Une nation a le droit d'occuper un pays libre et vacant qui n'appartient encore à personne (§ 205 à 207 et 209) ; « mais c'est une question de savoir si une nation peut s'approprier ainsi, par une simple prise de possession, des pays qu'elle n'occupe pas réellement, et s'en réserver de cette manière beaucoup plus qu'elle n'est capable de peupler et de cultiver. Il n'est pas difficile de décider qu'une pareille prétention serait absolument contraire au droit naturel, et opposée aux vues de la nature, qui, destinant toute la terre aux besoins des hommes en général, ne donne à chaque peuple le droit de s'approprier un pays que pour les usages qu'elle en tire, et non pour empêcher que d'autres en profitent » (2) (§ 208). Il faut donc pour qu'une occupation soit valable, d'une part, qu'elle concerne des terres qui n'ont pas de maîtres, d'autre part, qu'elle soit suivie de

(1) T. I, p. 487.

(2) C'est en s'appuyant sur la même considération que Vattel justifie l'occupation par les Européens des territoires des tribus sauvages de l'Amérique. Il ne parle, ni pour les adopter ni pour les combattre, des sophismes des auteurs des xve et xvie siècles, d'après lesquels les peuples sauvages n'ont aucun droit sur les terres qu'ils occupent, ni droit de propriété, ni *a fortiori* droit de souveraineté ; il n'invoque pas non plus les nécessités de la civilisation, mais il prétend que les Indiens, n'ayant pas fait usage de leurs terres, il

près d'une possession effective ; alors seulement elle confèrera à la nation les deux droits qui constituent sa souveraineté sur le territoire : le domaine et l'empire (1). Sur ce point Vattel est très net et la critique qu'il fait de certaines pratiques, telles que l'élévation de monuments sur une côte éloignée ou la distribution des continents par les papes, prouve qu'il a conscience de l'importance des principes qu'il énonce. Par contre, il est moins clair dans les quelques lignes très concises qu'il consacre aux colonies (§ 210) et la forme de colonisation qu'il a en vue est plus hypothétique que réelle (2).

Vattel remet à plus loin l'étude du régime des biens dont il vient de déterminer les modes d'acquisition. Il s'occupe auparavant de ce qu'il considère (sans le dire pourtant expressément), comme le second élément de l'Etat, après le territoire : la population (chap. XIX, *De la patrie et des diverses matières qui y ont rapport*) (3). A propos de ce qu'il appelle la patrie, en effet, il traite surtout ce qui concerne la nationalité et les divers privilèges qu'elle confère.

Vattel pose comme principe, primordial et commandé par la loi naturelle, celui du *jus sanguinis* : la patrie des pères est celle des enfants (§§ 213 et 215) ; mais il admet également le principe du *jus solis* et il en fait des applications curieuses ; les enfants nés sur un navire en pleine mer sont de la même nationalité que le navire, « car il est

était conforme au droit naturel de les resserrer dans des bornes plus étroites (§ 209). Sur ce point voy. la note 2 de Geffcken sous Heffter, p. 163, § 70.

(1) Ces deux droits ne sont qu'indiqués ici ; Vattel en reprend l'étude plus loin.

(2) Voy. sur ce point la note de Pinheiro-Ferreira, p. 496, et la note 5 sous Heffter, p. 160, § 68.

(3) T. I, p. 497.

Il a donné la définition de la patrie antérieurement. Voy. chap. XI, § 122, et il entend par là, dans un sens large, « l'Etat dont on est membre ».

naturel de considérer les vaisseaux de la nation comme les portions de son territoire » (§ 216) ; de même, sont réputés nés dans le pays les enfants des citoyens nés hors du pays dans les armées de l'Etat ou dans la maison de son ministre auprès d'une cour étrangère, « car un citoyen absent avec sa famille pour le service de l'Etat, et qui demeure dans sa dépendance et sous sa juridiction, ne peut être considéré comme étant sorti du territoire » (§ 217).

Tous ces développements sur l'acquisition de la nationalité sont d'ailleurs d'un intérêt très relatif; car, comme le dit Vattel lui-même, les lois de chaque pays peuvent en ordonner autrement et il est certain que depuis son époque, les législations, à cet égard, se sont profondément modifiées. Mais il reste une question sur laquelle l'opinion de Vattel est intéressante à connaître, car elle fut, autrefois et encore de son temps, vivement controversée : celle de savoir si l'on peut librement quitter sa patrie. Vattel pose, en principe, que tout homme est libre de quitter le pays où il est né, à telle époque de sa vie que cela lui conviendra, sauf dans le cas où, dans des moments critiques, cette détermination porterait un préjudice certain à sa patrie (1) (§ 220). Cette liberté, cependant, n'est conforme qu'à l'obligation *externe*, l'obligation *interne*, au contraire, impose à tout citoyen de « ne pas abuser de sa liberté pour quitter légèrement des associés après avoir tiré d'eux des avantages considérables » ; il ne saurait s'agir pour lui d'un véritable droit que dans le cas où le pacte même de la société politique n'aurait pas été exécuté, par exemple si le citoyen ne peut plus trouver sa subsistance dans sa patrie, ou encore si le corps de la société manque à ses obligations envers lui (§ 223). Les citoyens qui quittent leur

(1) En temps normal même, le citoyen serait tenu de « dédommager la société de ce qu'elle pourrait avoir fait en sa faveur », et remarquant, dans une note, que c'est là le fondement des *traites foraines*, Vattel paraît approuver cet ancien usage.

patrie, soit de plein gré comme émigrés, soit contraints comme exilés ou bannis, ont le droit d'habiter quelque part et un pays étranger ne peut leur refuser demeure chez lui que s'il a un juste sujet de craindre qu'ils ne causent quelque désordre au salut public. Ce pays, en particulier, ne pourra punir l'exilé ou le bannir pour des fautes commises hors de son territoire, car la nature ne donne aux hommes et aux nations le droit de punir que pour leur défense et leur sûreté (§ 232) ; mais, par cette raison même, il faut faire exception pour les crimes qui intéressent la sûreté du genre humain : « les empoisonneurs, les assassins, les incendiaires de profession », peuvent être exterminés partout où on les saisit et si le souverain du pays où des crimes de cette nature ont été commis en réclame les auteurs pour les châtier, on doit les lui rendre, « comme à celui qui est principalement intéressé à les punir exemplairement » (§ 233). Malgré la contradiction apparente de ces deux dernières règles, Vattel semble bien poser ici le principe d'une extradition obligatoire, mais il faut remarquer qu'il en limite l'application à des crimes d'une nature déterminée (1).

Ce que dit Vattel dans les chapitres suivants sur les biens que comprend le domaine de la Nation présente un intérêt moindre et il nous suffira d'en retenir quelques points particuliers. Vattel distingue trois sortes de biens (chap. XX, *Des biens publics, communs et particuliers*) les biens *publics*, qui sont réservés pour les besoins de l'Etat ; les biens *communs*, qui sont non seulement les biens publics dont les citoyens profitent, chacun suivant ses besoins, mais encore les biens appartenant à quelque corps ou communauté; enfin les biens *particuliers*, possédés par chaque citoyen (§ 235). L'Etat jouit du revenu des biens publics proprement dits et des biens publics communs, et, si

(1) Au livre second, au contraire, il l'étendra à tous les délits sans distinction (Voy. liv. II, §§ 76 et 77).

ce revenu est insuffisant. il y supplée par les impôts (§ 240). Mais, alors que dans certains Etats le souverain établit seul les impôts, avec la simple formalité de faire vérifier ses édits en Parlement « plusieurs nations n'ont point voulu commettre à leurs princes un soin si délicat, ni leur remettre un pouvoir dont il est si facile d'abuser » ; Vattel ne se prononce pas expressément pour l'un de ces deux modes d'imposition, mais il laisse comprendre que toutes ses sympathies vont au second.

Tout doit tendre au bien commun dans la société politique et si la personne même des citoyens est soumise à cette règle, leurs biens n'en peuvent être exceptés : il faut donc reconnaître à l'Etat le droit de disposer des biens soumis à son empire ; c'est ce qu'on appelle le *domaine éminent* et Vattel en indique les nombreuses et graves applications, non seulement quant aux biens publics et communs mais encore quant aux biens des particuliers (§ 244 à 256).

La nation a le droit d'aliéner ses biens publics en faveur des particuliers (chap. XXI, *De l'aliénation des biens publics, ou du domaine, et de celle d'une partie de l'Etat*), « c'est une conséquence nécessaire du domaine plein et absolu » (§ 257) ; elle possède ce même droit à l'égard d'une autre nation, car « il est nécessaire que les nations puissent traiter et transiger validement entre elles, sans quoi elles n'auraient aucun moyen de terminer leurs affaires » ; mais ici l'aliénation ne sera faite, par le souverain lui-même, que si la nation lui a conféré la pleine souveraineté (§ 262). La question devient plus difficile quand il s'agit non de l'aliénation de quelques biens publics mais du démembrement de l'Etat, de la cession d'une ville ou d'une province qui en fait partie. Il faut cependant la résoudre par les mêmes principes : droit pour la nation, en cas d'extrême nécessité, d'abandonner une partie de son territoire. La cession demeure donc « valide quant à l'Etat », mais la province ou la ville, ainsi abandonnée, n'est point obligée de recevoir son nouveau maître ; séparée de la société dont

elle était membre, elle rentre dans tous ses droits et « s'il lui est possible de défendre sa liberté, contre celui qui voudrait la soumettre, elle lui résiste légitimement » (§ 264).

Lorsqu'une nation s'empare d'un pays elle occupe tout ce que le pays renferme (chap. XXII, *Des fleuves, des rivières et des lacs*) ; mais il se peut que ce pays soit séparé d'un autre par un fleuve et la question se pose de savoir à qui ce fleuve appartiendra. Vattel distingue les différents cas dans lesquels une des deux nations doit être considérée comme s'étant approprié le fleuve et, dans l'hypothèse où aucune d'elles ne peut prétendre à ce droit, il décide que « la domination de l'une et de l'autre s'étend jusqu'au milieu du fleuve ». Il étudie ensuite les alluvions et les accroissements naturels qui se forment dans les fleuves et lacs et remet à plus loin la question la plus importante de la matière, celle de la navigation fluviale (1).

Dans un dernier chapitre (chap. XXIII, *De la mer*) (2), Vattel s'occupe du domaine maritime et traité en particulier la question de l'appropriation de la pleine mer. La pleine mer, dit-il, n'est point de nature à être occupée, personne ne pouvant s'y établir de manière à empêcher les autres de passer ; mais une nation puissante sur mer pourrait défendre aux autres d'y pêcher et d'y naviguer, menaçant de détruire leurs vaisseaux ; serait-elle en droit de le faire ? Vattel n'hésite pas à se prononcer pour la négative et, fidèle à la doctrine de Grotius et de Wolff, il pose le principe que personne n'est en droit de s'approprier l'usage de la pleine mer. La terre ne fournissant plus sans culture toutes les choses nécessaires et utiles au genre humain extrêmement multiplié, il devint convenable d'introduire le droit de propriété, afin que chacun pût s'appliquer avec plus de succès à cultiver ce qui lui était échu en partage ; mais cette raison ne peut être invoquée à l'égard des choses

(1) Voy. liv. II, chap. IX, § 126 à 130, chap. X, § 132 à 134.
(2) T. I, p. 570.

dont l'usage est inépuisable comme la mer. Cet usage d'autre part ne peut être ni nuisible, ni dangereux aux diverses nations et ne saurait donc justifier le soin de l'une d'elles de soumettre la mer à sa domination (1) (§ 281). Le droit de naviguer et de pêcher en pleine mer étant un droit commun à tous les hommes, la nation qui s'arrogerait un droit exclusif sur la mer ferait injure aux autres nations et leur donnerait par suite un juste sujet de guerre. Vattel admet deux exceptions au principe qu'il a posé : l'une en est la conséquence directe, c'est l'hypothèse dans laquelle une Nation acquiert des droits exclusifs de navigation et de pêche grâce à des traités par lesquels les autres nations renoncent en sa faveur aux droits qu'elles tiennent de la nature (§ 284) ; l'autre, que l'on s'explique moins bien et que plusieurs auteurs ont critiquée (2) : c'est l'acquisition exclusive d'une portion de l'océan, non par prescription ni par long usage, mais en vertu de ce que Vattel appelle un pacte tacite c'est-à-dire l'obéissance implicite des nations aux prétentions de l'une d'elles (§ 286). La bande de mer qui longe les côtes est tout autre que la pleine mer : les divers avantages que l'on en tire la rendent susceptible de propriété et son usage est suffisamment dangereux à l'Etat qu'elle baigne, pour qu'il étende sa domination aussi loin qu'il peut protéger son droit. Cette distance de domination est cependant malaisée à déterminer : Vattel repousse une détermination précise et fixe, comme l'avait proposé Bodin (3), et admet que la domination de l'Etat s'étend aussi loin qu'il est nécessaire pour sa sûreté et qu'il peut la faire respecter ; par suite on peut en adopter comme mesure la ligne de la portée du canon.

(1) Wolff fournissait à la même théorie un autre argument que Vattel ne reproduit pas expressément mais qu'il sous entend : c'est qu'il est matériellement impossible qu'une nation exerce sur la haute mer une occupation effective (Wolff, *Jus gentium*, § 127).

(2) Voy. en particulier Wheaton, *International Law*, § 10, *in fine*.

(3) Bodin, *De la République*, liv. I, chap. x.

Sur cette portion de la mer les droits de la nation sont de même nature que sur la terre ; le souverain y commande, y édicte des lois et les applique, en un mot y exerce tous les droits qui lui appartiennent sur la terre (§ 295). Mais Vattel distingue nettement de la mer territoriale les détroits qui servent à la communication de deux mers libres : le passage ne peut en être refusé aux autres par la nation qui le possède, si ce passage est innocent et sans danger pour elle ; cependant, le soin de sa propre sûreté l'autorisera à user de certaines précautions, à exiger l'accomplissement de certaines formalités et Vattel va même jusqu'à lui reconnaître comme fondé, le droit de lever des taxes de péage sur les vaisseaux qui passent (§ 292).

Livre second. *De la Nation considérée dans ses relations avec les autres.*

L'étude des rélations des Nations entre elles, telle que la comprend Vattel, se réfère à trois points : les droits et devoirs réciproques des Nations, leurs accords et conventions, les solutions de leurs différends. Avec ce second livre Vattel entre donc véritablement dans le domaine du droit international et il s'y maintient jusqu'à la fin de l'ouvrage.

La méthode que suivra Vattel restera celle qu'il annonçait dans ses *préliminaires* et il l'indique à nouveau en tête de ce second livre : « Nos maximes vont paraître bien étranges à la politique des cabinets, et le malheur du genre humain est tel, que plusieurs de ces raffinés conducteur des peuples, tourneront en ridicule la doctrine de ce chapitre. N'importe, proposons hardiment *ce que la loi naturelle prescrit aux Nations* ». Ce fondement philosophique se perçoit aussitôt dans les devoirs que Vattel prétend enseigner en première ligne aux nations. (chap. I, *Des devoirs communs d'une nation envers les autres ou des offices de l'humanité entre les Nations*). Les offices d'humanité,

pour Vattel, découlent de cette obligation générale qui consiste « à faire pour la conservation et le bonheur des autres tout ce qui est en notre pouvoir, autant que cela peut se concilier avec nos devoirs envers nous-mêmes » : les nations entre elles n'y sont pas moins soumises que les hommes en société. Ce sera, en particulier, le devoir, pour toute nation de garantir les autres d'une ruine funeste et de défendre un Etat voisin lorsqu'il est injustement attaqué par un ennemi puissant (§ 4) ; ce sera encore, le devoir, pour toute nation de contribuer à la perfection des autres en leur communiquant les bienfaits de la civilisation, mais afin que cette action ne puisse pas devenir l'occasion de conquête ou d'oppression, Vattel, contrairement à Grotius (1), ne permet pas qu'elle soit imposée par la force (§ 7).

Mais si chaque Nation a un droit parfait de demander à une autre, l'assistance et les offices dont elle croit avoir besoin, elle n'a qu'un droit imparfait de les exiger (2); ces offices, en effet, n'étant dus que s'il y a nécessité et qu'autant que celui qui les rend ne manque pas à ses devoirs envers lui-même, il appartiendra, à la nation à qui ces offices sont demandés, d'apprécier si les circonstances lui permettent de les accorder et son refus ne pourra pas être considéré comme une injure (§ 8 à 10 et § 16). Aussi bien est-il impossible que les nations s'acquittent de ces devoirs si elles ne s'aiment point et c'est à cette recommandation finale qu'aboutit Vattel en leur prescrivant de se perfectionner en vue de l'utilité des autres et de s'étudier à leur donner de bons exemples (§ 13).

(1) Grotius, *De jure belli*, lib. II, cap. xx, § 11. La solution de Grotius fut adoptée au contraire par Pufendorf et plus récemment par Pasquale Fiore, *Nouv. droit international public* (1885-86), part. I, liv. I, chap. iv.

(2) Sur la distinction des droits parfaits et imparfaits voy. *supra*, *Prélim.*, § 17. Comp. Wolff, *Institutiones*, § 79, 1108 ; *Jus gentium*, § 156 et suiv., § 264 à 268, § 271 à 273.

Il n'indique qu'en seconde ligne un fait autrement important et réel de la vie internationale : *le commerce mutuel des nations* (chap. II). Il en comprend cependant l'importance puisqu'après en avoir parlé au livre premier (1) il y revient au second ; ce n'est d'ailleurs que pour compléter et préciser, au point de vue international, les principes qu'il avait déjà posés. Si utile que soit le commerce aux nations comme aux hommes, chacune est libre de l'exercer ou de ne pas l'exercer avec les autres, car l'obligation du commerce est imparfaite, « elle cesse dans le cas où le commerce nous serait préjudiciable » et ce préjudice est laissé à la libre appréciation de chacun (§ 23 à 25). En vertu de la même liberté, les nations règleront, comme elles l'entendront, les conditions de leurs traités de commerce et Vattel va jusqu'à reconnaître le droit pour chacune d'entre elles « de se mettre sans nécessité hors d'état de se prêter au commerce général » (§ 27 et 31). Il sera cependant plus prudent pour les parties contractantes de ne point s'engager pour toujours, car il peut survenir, par la suite, des conjectures qui rendraient le traité fort onéreux (§ 29).

Des consuls, « gens qui ont la commission de veiller à la conservation des droits et des privilèges de leur nation et de terminer les difficultés qui peuvent naître entre ses marchands », Vattel dit que c'est une des institutions modernes les plus utiles au commerce, mais il ne la reconnaît pas comme la cause d'une obligation parfaite et il estime que l'Etat qui veut avoir un consul doit s'en procurer le droit par traité (2). Il distingue parfaitement d'ailleurs les consuls des agents diplomatiques et, refusant aux premiers le caractère de ministres publics et les prérogatives qui en résultent (3), il leur accorde seulement toute la li-

(1) T. I, p. 261 et suiv.

(2) De même voy. Wolff, *Institutiones*, § 1118.

(3) Il avait, sur ce point, à se prononcer dans une controverse qui n'est plus guère soulevée de nos jours mais qui fut agitée aux XVII

berté et toute la sûreté nécessaire pour remplir convenablement leurs fonctions ; mais il n'est pas très net lorsqu'il établit les conséquences positives de leur situation privilégiée : il ne parle que de l'immunité de la juridiction criminelle et s'en réfère surtout aux traités et à la coutume (§ 34).

Vattel a compris que, parlant des relations des nations entre elles, il ne pouvait omettre le principe de l'*égalité des Etats* et, après l'avoir déjà posé dans ses préliminaires (1), il y revient au second livre (chap. III). Mais ce n'est en somme que pour l'énoncer dans cette forme, d'ailleurs exacte : « tout ce que la qualité de nation libre et souveraine donne à l'une, elle le donne aussi à l'autre » (§ 36). Il parle bien plutôt de ce qu'il appelle la *dignité* des nations, c'est-à-dire la considération et le respect qu'on doit à tout Etat souverain et indépendant, et surtout *de leurs titres et autres marques d'honneur*, c'est-à-dire des questions de préséance. Il semble même attacher à ces dernières une assez grande importance et leur consacre plusieurs paragraphes (2) : nous ne devons pas trop nous en étonner si nous songeons aux nombreux conflits que ces questions ont soulevés dans l'état politique et social où se trouvait l'Europe au temps de Vattel. Celui-ci reconnaît cependant que les règles de préséance ne sont qu'une dérogation au principe de l'égalité, dérogation qui est nécessitée par une situation de fait, mais qui n'enlève rien à l'état de droit existant entre Etats (§ 37 et 47). Aussi ne fonde-t-il cette

et XVIIIe siècles. Il s'y est prononcé dans le même sens que WICQUEFORT, *Traité de l'ambassadeur*, liv. I, sect. 5, p. 132, et BYNKERSHŒCK, *De fore competente legatorum*, cap. x, § 5, 6.

(1) *Prélimin.*, § 18.

(2) A l'inverse de Pinheiro-Ferreira, nous estimons que Vattel a fait preuve d'une heureuse retenue en ne cherchant pas à classer les Nations d'après leur degré de puissance respective : cette recherche aurait été très déplacée dans un ouvrage aussi doctrinal que le sien.

primauté de rang que sur des considérations de fait, dont les deux manifestations sont : l'une, certaine, la puissance de l'Etat; l'autre, plus douteuse, son ancienneté. Il nie, au contraire, que la forme du gouvernement ait une influence quelconque en cette matière et place sur le même pied républiques et monarchies ; il conserve, en particulier, à un Etat le rang qu'il occupait, avant qu'un changement soit intervenu dans la forme de son gouvernement, et il rappelle sur ce point, les prétentions victorieuses qu'émit Cromwell lorsque l'Angleterre eut chassé ses rois (§ 38 et 39).

Ces questions de rang et de préséance dépendent des traités et des usages établis, telle la supériorité qui fut longtemps attribuée au titre d'empereur. Mais chaque nation conserve la faculté de décorer son chef du nom, des titres et des honneurs qu'il lui plait, de même qu'elle a celle de lui accorder le degré d'autorité et les droits qu'elle juge à propos : elle ne fait ainsi qu'user de son droit de souveraineté (§ 41) ; il conviendra seulement qu'elle ait la sagesse et la prudence de proportionner les titres et les honneurs de ce chef à sa puissance et à son autorité, afin que les autres nations les lui reconnaissent aussi (§ 42 à 45).

Les nations se trouvant placées, en droit, sur le pied de l'égalité, c'est-à-dire chacune d'elles exerçant, dans leur plénitude, les droits qui résultent de son existence, il convient de se demander quels sont ces droits.

Vattel met, très logiquement, au premier plan celui qui permet aux nations d'assurer leur existence : *le droit de sûreté* (chap. IV, *Du droit de sûreté et des effets de la souveraineté et de l'indépendance des nations*) (1), car c'est en vain que la nature leur prescrirait le soin de se conserver si elle ne leur donnait pas en même temps le droit de se garantir de tout ce qui peut rendre ce soin inutile. Par

(1) T. II, p. 18.

suite, il faut reconnaître à la nation lésée, non seulement le droit de résister au mal qu'on veut lui faire, mais encore celui, quand le mal est fait, de poursuivre une réparation complète ; elle aura même, ajoute Vattel, « le droit de punir l'offenseur », en lui infligeant une peine capable de détourner dans la suite de pareils attentats et d'intimider ceux qui seraient tentés de l'imiter (1). En outre, comme toutes les nations ont le devoir de réprimer par la force celle d'entre elles qui viole ouvertement les lois de la société naturelle (2), s'il existait une Nation inquiète et malfaisante toujours prête à nuire aux autres, toutes celles-ci seraient en droit de se coaliser pour la réprimer, « pour la châtier », et même pour la mettre à jamais hors d'état de nuire (§ 53) : c'est une application du droit de répression universelle donné aux Etats contre ces violations du droit international qui constituent des offenses envers tous (3).

Le droit de sûreté cependant ne permet pas à une nation de s'immiscer dans les affaires des autres et c'est sous cette forme, semble-t-il que peut s'expliquer l'étude de *l'intervention internationale* à cet endroit de l'ouvrage de Vattel. Il pose en principe la non intervention : « aucune nation n'a le moindre droit de se mêler du gouvernement d'une autre » (§ 54). Il avait déjà formulé ce principe en parlant de la constitution de la nation (4), et au cours des chapitres suivants, il en avait indiqué deux applications notables en ce qui concerne la succession au trône et la constitution sociale (5). Il s'occupe maintenant de l'intervention internationale à deux points de vue spéciaux dont le choix est

(1) Nous verrons *infra* les moyens qui sont donnés à la nation lésée pour obtenir satisfaction.

(2) V. *Prélim*, § 22 et 23.

(3) Vattel en reconnaît, plus loin, une seconde application contre la nation « qui méprise ouvertement la justice » (§ 70).

(4) Liv. I, chap. III, § 37.

(5) Liv. I, chap. V, § 67 et liv. II, chap. I, § 7.

assez justifié, non seulement par les exemples que lui fournissait l'histoire, mais encore par les théories qu'il trouvait développées chez certains auteurs, en particulier les publicistes français du XVIe siècle (1). D'une part, il n'admet pas, en principe, qu'un Etat ait le droit de s'immiscer dans les difficultés intérieures d'un autre Etat, d'autre part, il reconnaît à chaque nation le droit de se conduire, en matière religieuse, comme elle l'entend et de ne point souffrir qu'une puissance étrangère puisse s'en mêler (§ 57 à 59). Mais, après avoir posé le principe de non intervention et après en avoir indiqué les principales applications, il y apporte de telles restrictions que le principe s'en trouve entièrement ébranlé. Déjà précédemment, il avait admis l'ingérence d'un Etat étranger dans les affaires intérieures d'une nation, non seulement lorsqu'il en est requis, mais encore si des « raisons particulières » l'y appellent (2) ; dans ce second livre il précise et, dans le cas d'une guerre civile, il donne aux puissances étrangères le droit d'assister celui des deux partis « qui leur paraît fondé en justice », ou de protéger un peuple malheureux contre un tyran injuste (§ 56). Ce n'est qu'en matière religieuse que Vattel maintient intégralement le principe de non intervention : sauf le cas d'une persécution qui serait l'indice d'une tyrannie manifeste, il n'accorde aux nations étrangères que le droit d'intercéder en faveur de leurs frères en religion et il va même jusqu'à regarder d'un œil défavorable l'envoie de simples missionnaires en pays étranger (§ 60 et 66) ; on peut s'étonner de trouver une telle rigueur et une si grande étroitesse de vue chez un auteur dont la religion

(1) Voy. sur ce point un article de M. Esmein, *La théorie de l'intervention internationale chez quelques publicistes français du* XVIe *siècle*, dans la *Nouvelle revue historique de droit*, 1900, t. XXIV. M. Esmein ramène à deux principales les causes d'intervention légitime admises par les auteurs du XVIe siècle : la tyrannie et la religion. C'est à ce double point de vue que se plaçait encore Vattel.

(2) Liv. I. chap. III, § 37.

avait besoin, encore de son temps, de sa liberté d'action pour se propager (1).

Les nations doivent respecter les droits fondamentaux qui leur sont réciproquement reconnus et celle d'entre elles qui verrait les siens violés, pourrait légitimement se protéger par la force. Ce n'est pas autrement qu'il faut entendre ce que Vattel appelle *l'observation de la justice entre les nations* (chap. V) : c'est l'observation internationale des droits d'autrui que commande la loi naturelle (2). Il ne faut même pas donner un autre sens au droit qu'il reconnaît à une nation « de punir une injustice » ; le droit de punir n'étant autre que celui de se défendre (3), pour une nation le droit de ne pas souffrir d'injustice, sera « une branche de son droit de sûreté » (§ 69) ; de même, pour toutes les nations, le droit de « châtier celle qui méprise ouvertement la justice » sera justifié par la nécessité d'une protection universelle (4) (§ 70).

A côté des actes commis par les Etats eux-mêmes, interviennent les actions des particuliers et il importe de fixer *la part que la nation peut avoir aux actions de ses citoyens* (chap. VI). La Nation doit protéger le citoyen maltraité à l'étranger, comme elle doit venger l'offense faite à l'Etat, mais elle ne peut imputer au souverain étranger les actes de ses sujets que si celui-ci les a manifestement tolérés ou approuvés (§ 71 à 74, 78). Vattel n'aborde pas, à ce sujet, la question d'indemnisation pour dommages causés par des troubles politiques, mais il semble bien résulter de son texte qu'il se prononcerait pour la négative et

(1) Ce § 61 est d'ailleurs empreint d'un esprit sectaire qui est remarquable pour Vattel.

(2) *Prélim.*, § 5.

(3) Liv. I, § 169.

(4) Le cas d'une nation qui « méprise ouvertement la justice », hypothèse qui suppose tout un peuple de flibustiers, est une variété de ce que Vattel appelle une Nation malfaisante (Voy. *supra*, liv. II, § 53).

son opinion serait, d'ailleurs, assez conforme à la pratique internationale jusque vers le milieu du XIXe siècle. La nation offensée pourra seulement demander au souverain de l'agresseur de le punir lui-même, ou de le lui livrer pour qu'elle en fasse justice. Vattel se déclare partisan convaincu de l'extradition, de ce qu'il appelle *les lettres rogatoires*, non seulement pour les fautes qui intéressent la sûreté du genre humain (1), mais encore pour tous les délits de droit commun et il estime que le souverain se rend complice de l'offense s'il refuse de punir le coupable ou de le livrer (§ 75 à 77).

Vattel a déterminé antérieurement ce qu'il fallait entendre par le domaine (2) ; cet élément constitutif de l'Etat produit certains effets entre nations, (chap. VII, *Des effets du domaine entre nations*) (3). Le caractère du domaine est d'être absolu et exclusif ; son effet général sera de s'opposer à tout droit de la part des étrangers et cela, non seulement sur les biens mêmes de la nation, mais encore sur ceux des particuliers (§ 79 à 82). Ce domaine peut être seulement un *domaine utile* , c'est-à-dire se réduire aux droits qui peuvent appartenir à un particulier dans l'Etat ; mais le plus souvent et sauf stipulations expresses, le domaine de la Nation doit être considéré comme le *haut domaine,* inséparable de la souveraineté. Ce double attribut, domaine et empire, se manifeste pour la Nation en particulier par son droit de juridiction que les nations étrangères doivent respecter : il en résulte, d'une part, que le souverain ne doit pas intervenir dans les causes de ses sujets en pays étranger ; d'autre part, que les jugements doivent obtenir leur effet même chez l'étranger et Vattel n'impose aucune condition ni aucune restriction à l'exécution des jugements à l'étranger (§ 85). Une Nation peut accorder aux autres cer-

(1) Voy. *supra*, liv. I, § 233.
(2) Liv. I, chap. XVIII et suiv.
(3) T. II, p. 56.

tains droits sur son territoire ; Vattel en cite, d'une manière un peu confuse, plusieurs exemples dont quelques-uns, aux Indes, rappellent assez les servitudes auxquelles la Chine a consenti de nos jours (§ 89). Il prévoit aussi plusieurs hypothèses que le droit des gens positif a vu se réaliser : tel un *condominium* qui se forme lorsque plusieurs nations, occupant en même temps une île ou une terre déserte et sans maître, conviennent d'y exercer une souveraineté collective ; telle aussi l'hypothèse que Pinheiro Ferreira qualifie de chimérique mais qui rappelle plusieurs tentatives faites au cours du XIXe siècle et renouvelées encore de nos jours, dans laquelle Vattel suppose des particuliers allant fonder un Etat nouveau sur des terres inhabitées ou sans maître ; enfin, des conventions qu'il cite, réglant les droits acquis ou à naître de deux nations sur des territoires inoccupés ont pu être rapprochées par certains auteurs des traités modernes concernant les sphères d'influence (1) (§ 98).

Les droits qui résultent, pour une nation, de son domaine s'exercent non seulement sur les citoyens et sur les habitants qui ont leur domicile sur le territoire, mais encore sur les étrangers qui passent ou séjournent dans le pays (chap. VII, *Règles à l'égard des étrangers*). On pourra soumettre leur entrée aux conditions que l'on jugera utiles et, une fois admis, ils devront obéir aux lois du pays ; mais, en retour, on leur doit protection et on ne peut leur imposer que les charges qui résultent de leur séjour dans le pays ou des affaires qui les y amènent (§ 100, 101, 104) (2). Les étrangers, d'ailleurs, demeurent membres de leur nation, l'Etat qui les reçoit n'a donc aucun droit, ni sur leur personne, ni sur leurs biens ;

(1) En ce sens voy. Rivier, *Principes du droit des gens*, t. I, p. 178.

(2) Vattel avait admis, antérieurement, que les étrangers pouvaient être soumis aux péages des routes, à l'exclusion des citoyens (liv. I, § 103).

en particulier, il ne peut pas les retenir s'ils veulent quitter le pays et il ne doit pas s'attribuer, en vertu du droit d'*aubaine*, les biens qu'ils y laissent en mourant (1) ; mais, par une contradiction étrange, Vattel admet, comme conforme à la justice, le droit de *traite foraine* en vertu duquel le souverain retient une portion des biens de ceux qui sortent de son territoire (§ 108, 109, 112, 113).

Outre les droits qui résultent de son domaine la nation en possède d'autres qui proviennent de l'état de communion primitive des hommes et qui découlent du droit général de nécessité (chap. IX, *Des droits qui restent à toutes les nations après l'introduction du domaine et de la propriété*). Ce principe de *la nécessité* présente, pour Vattel, une très grande importance puisqu'il va jusqu'à le trouver assez efficace pour dispenser de l'exécution des contrats (2) ; les applications qu'il en indique ici sont plus directes et plus logiques : ce sont le droit de se procurer des vivres par la force, celui de se servir de choses appartenant à autrui, celui d'enlever les femmes ; l'application la plus importante, concerne le droit de passage, c'est-à-dire la pénétration sur un territoire, en violation du droit légitime de son propriétaire, lorsqu'on y est contraint par une nécessité absolue comme la menace d'un péril éminent ou les besoins de sa subsistance (§ 123) (3).

Mais, en dehors de ces cas de nécessité, Vattel reconnaît, au moins en principe, ce qu'il appelle le droit d'*usage innocent*, c'est-à-dire l'utilité que l'on peut tirer d'une chose, sans causer ni perte ni incommodité au propriétaire (§ 127) (4) ; ainsi la mer, même dans ses parties occupées,

(1) Voy. Wolff, *Jus gentium*, § 324.

(2) Voy. *infra*, liv. III, §§ 107, 122 et 123. Voy. également le rôle de la loi de nécessité en matière de neutralité, *infrà*, p. 565.

(3) Heffter rattache ce droit de passage au devoir des Nations de respecter mutuellement leur personnalité physique (§ 72, I).

(4) Voy. de même Grotius, *De jure belli*, lib. II, cap. II, §§ 12-14 ;

suffit à la navigation de tout le monde ; celui qui en a le domaine ne peut donc y refuser passage à un navire dont il n'a rien à craindre. Par là même cependant, ce droit, à la différence du droit de nécessité, n'est pas un droit parfait, car c'est au propriétaire à apprécier si l'usage que l'on veut faire de sa chose ne lui causera ni dommage, ni incommodité et il en sera seul juge ; il devra seulement ne s'y opposer que pour des raisons légitimes et solides (chap. X, *Comment une Nation doit user de son droit de domaine, pour s'acquitter de ses devoirs envers les autres, à l'égard de l'utilité innocente*). Ce droit d'usage innocent trouvera son application, notamment en ce qui concerne le passage des marchandises et le séjour des étrangers (§ 134 et 135).

Vattel rattache à ce second livre une matière qu'il eût été plus logique de classer parmi les modes d'acquisition du territoire : celle de *l'usucapion et de la prescription entre les nations* (chap. XI) ; car, si à proprement parler l'usucapion seule est un mode d'acquisition positive, la prescription aboutit au même résultat puisqu'elle est l'exclusion de toute prétention à des droits contraires, Vattel admet l'une et l'autre comme étant de droit naturel (§ 147), et bien qu'il reconnaisse qu'il soit plus difficile de les établir entre nations, il n'y apporte même pas les restrictions de Grotius (1), mais il engage les nations voisines à s'entendre par des traités sur le nombre d'années requises pour fonder une légitime prescription (§ 151).

Puisque les nations sont obligées d'observer, entre elles, le grand principe de justice que leur commande la loi naturelle, chacune d'elles devrait donner satisfaction aux

chap. III, §§ 7-12 ; PUFENDORF, *De jure naturæ*, liv. III, chap. III, §§ 3-6 ; WOLFF, *Institutiones*, §§ 310 et 311.

(1) GROTIUS, *De jure belli*, lib. II, cap. IV, §§ 1, 7, 9 ; Voy. PUFENDORF, *Jus naturæ*, liv. IV, chap. XII ; WOLFF, *Jus naturæ*, liv. III, Chap VII.

justes griefs d'une autre ; mais il se peut qu'aucune des deux Nations en présence ne trouve à propos d'abandonner leurs prétentions et il importe alors de mettre un terme au différend qui s'élève entre elles (chap. XVIII, *De la manière de terminer les différends entre Nations*) (1). Les moyens que leur conseille dans ce but la loi naturelle sont nombreux et suivent une échelle ascendante depuis les solutions les plus pacifiques jusqu'à l'emploi de la force (2). Les parties peuvent d'abord s'accommoder amiablement, l'une d'elles renonçant entièrement à ses prétentions, ou convenir d'une transaction formée de renonciations réciproques. Si elles ne parviennent à s'entendre personnellement, *la médiation* « dans laquelle un ami commun s'interpose ses bons offices » est souvent efficace pour les engager à se rapprocher et à s'entendre ; mais, d'une part le médiateur ne doit jamais « insister scrupuleusement sur une justice rigoureuse » : il est conciliateur et non pas juge et il doit engager même celui qui a le droit de son côté à faire les concessions qui sont nécessaires à l'entente ; d'autre part, ce médiateur n'est pas garant du traité qu'il a ménagé s'il ne l'a déclaré expressément : sinon ce serait décourager les puissances amies de prendre l'initiative d'un moyen de conciliation si utile et si usité (§ 328). Si cependant les parties en litige ne peuvent arriver à s'entendre, tout en désirant maintenir ou rétablir la paix, elles peuvent confier le règlement de leur différend à des *arbitres* choisis d'un commun accord. Bien que Vattel n'insiste pas longuement sur une institution internationale qui a pris depuis son époque une telle importance, tout ce qu'il en dit est conforme aux principes du droit moderne. Il indique très justement l'importance du compromis pour délimiter les pouvoirs des arbitres, mais si ceux-ci restent dans les

(1) T. II, p. 301.

(2) Pour Wolff aussi la manière de terminer les différends entre Nations ne saurait être que l'application de la loi naturelle. Voy. *Institutiones*, § 790.

bornes qui leur sont assignées, la sentence doit être exécutée quelle que soit sa décision, à moins qu'elle soit manifestement entachée de partialité. Vattel se montre d'ailleurs un partisan convaincu de l'arbitrage et il loue les Suisses qui, déjà de son temps, auraient inséré, dans leurs traités, des clauses compromissoires ; mais il comprend que ce moyen quoique très raisonnable et très conforme à la loi naturelle, ne peut servir qu'à terminer les différends « qui n'intéressent pas directement le salut de la Nation » (§ 329). L'utilité d'une autre institution moderne, les *conférences et congrès*, ne lui a pas non plus échappé, mais il déclare qu'elle ne peut être utile que lorsqu'elle est employée dans un désir sincère de paix et de concorde et non quand elle aboutit, comme les congrès de Cambrai (1724) et de Soissons (1728), à d' « ennuyeuses comédies ».

Dans les différends entre Nations, il faut distinguer entre les droits essentiels et ceux qui sont moins importants. S'il s'en tenait à cette distinction, Vattel semblerait reconnaître le principe moderne du moindre sacrifice, puisqu'il oppose très justement les intérêts en présence suivant leur degré d'importance pour la vie nationale (§ 332) ; mais il admet également l'existence de ce qu'il appelle les *cas douteux* c'est-à-dire ceux où le droit n'est pas certain et incontestable, et il en fait juge la Nation en cause elle-même lui permettant de recourir à la force sans avoir même tenté les moyens de conciliation (§§ 331 et 333) : permettre un tel arbitraire était réduire à néant toute sa construction juridique.

Lorsqu'une Nation ne peut obtenir justice soit d'un tort, soit d'une injure, par des moyens pacifiques, elle est en droit de le faire par elle-même. Mais avant d'en venir aux armes, il est divers moyens qui lui sont offerts par la pratique internationale. Il est conforme pour Vattel, à sa notion toute subjective du droit de punir (1), de ne pas admettre comme juste la loi du talion, mais de reconnaître comme

(1) Voy. *supra*, liv. I, § 170.

légitime *le droit de punir*, c'est-à-dire le moyen de pourvoir à sa sûreté par la force, pourvu qu'on n'étende pas la peine au delà de ce qui est nécessaire à cette sûreté. Cependant, même ainsi déterminés, les exemples qu'il cite ne sauraient être admis de nos jours : saisir les choses qui appartiennent à un Etat étranger constituera toujours une mesure illicite ; lui enlever des droits dont il jouissait n'est qu'un acte de représailles si ces droits lui avaient été conférés par traités, et ne sauraient être une peine légitime si ce sont des droits primordiaux.

Le droit et la pratique modernes, souscrivent au contraire, à deux autres moyens : *la rétorsion*, qui consiste à user envers les sujets d'une Nation du même droit dont elle use envers les vôtres et *les représailles*. Vattel ne définit pas celles-ci mais il les considère bien comme des mesures de contrainte pour obtenir réparation d'un déni de justice ou de la violation d'un droit ; c'est ainsi qu'il distingue assez judicieusement la saisie, dans laquelle on conserve les objets en litige tant qu'on a l'espérance d'obtenir satisfaction ou justice, des représailles qui consistent à confisquer les objets saisis (§ 342). Pour que les représailles soient légitimes, il faut évidemment que leur cause soit juste c'est-à-dire qu'il s'agisse d'une dette clairement établie et il faut que l'on ait inutilement demandé justice ; mais, pour en user, Vattel exige aussi qu'on en ait reçu la permission du souverain ; car, si celui-ci ne les exerce pas lui-même il faut qu'il les ordonne par des lettres de marque et les citoyens ou les corporations ne peuvent pas poursuivre de représailles privées de leur propre autorité. Les actes de réprésailles peuvent consister en une saisie des biens de l'autre Nation et par conséquent, selon la théorie générale, ils peuvent s'exercer non seulement sur les biens de l'Etat lui-même mais encore sur ceux des particuliers (1) (§ 344). Ils peuvent consister aussi dans l'arresta-

(1) Wolff (*Institutiones*, § 1163) et Pufendorf (*Jus naturæ et gentium*,

tion de sujets, mais cette forme de représailles n'est plus guère pratiquée par les Etats Européens et elle ne doit jamais en tout cas permettre d'enlever la vie aux personnes arrêtées (§ 351). Deux événements célèbres ont illustré, à l'époque même de Vattel, cette théorie : la dispute entre Frédéric II et l'Angleterre sur l'emprunt silésien en 1753 et l'affaire du baron Stackelberg arrêté en Russie en 1740 (1) ; Vattel semble avoir oublié celle-ci et quant à la première il en parle seulement à propos du droit de juridiction de la nation sur son territoire (2). Les représailles n'étant qu'un moyen d'obtenir justice, ne peuvent pas, lorsqu'elles sont légitimes, donner un juste sujet de guerre ; aussi doit-on y recourir le plus souvent possible de préférence à la guerre ; celle-ci est une « malheureuse et triste ressource à laquelle on ne doit se résoudre que lorsque tous les autres moyens auront échoué ». Wolff considérait déjà la guerre comme un moyen extrême et subsidiaire (3) ; Vattel a accentué cette notion.

Livre troisième. — *De la guerre.*

« La guerre, dit Vattel, est cet état dans lequel on poursuit son droit par la force » (chap. 1° *De la guerre et de ses différentes espèces, et du droit de faire la guerre* (4). Puis il distingue, très justement, la guerre publique, qui a lieu entre les Nations ou les souverains, et la guerre privée,

liv. VIII, chap. vi, § 13) partageaient la même opinion et Klüber l'a reprise en termes catégoriques : « Les violences peuvent être exercées, suivant le droit des gens naturel, contre les particuliers, ces derniers fussent-ils personnellement innocents de la lésion, par la seule raison qu'ils font partie de l'Etat » (*Droit des gens moderne de l'Europe*, § 232, p. 300).

(1) Sur ces deux événements voy., Heffter, *op. cit.*, § 110. n. 6.

(2) Liv. II, chap. vii, § 84. Appréciant le fameux mémoire rédigé par les juristes de la couronne d'Angleterre, Vattel dit, en note, que c'est « un excellent morceau de droit des gens ».

(3) *Institutiones*, § 1159 ; *Jus gentium*, § 572 et suiv.

(4) T. II, p. 235.

qui se fait entre particuliers et il déclare ne s'occuper que de la première, la seconde appartenant au droit naturel proprement dit. Il y a là, avec Grotius (1), une double différence qu'il importe de signaler : d'une part, l'idée de la poursuite d'un droit est introduite dans la définition de la guerre et lui donne une portée vraiment juridique ; d'autre part, Vattel distingue entre deux sortes de luttes que Grotius avait, à tort, confondues. De ces différences de principes découlent de nombreuses divergences dans les solutions adoptées par les deux auteurs : la plupart sont à l'honneur de l'esprit libéral et humanitaire de Vattel.

Le droit de faire la guerre n'est autre que celui d'user de la force, quand cela est nécessaire, pour la défense et pour la conservation de ses droits. Il faut donc le justifier, sauf à le maintenir dans de justes bornes. « C'est à marquer exactement ces justes bornes, c'est à modérer par les règles de la justice, de l'équité, de l'humanité, un droit triste en lui-même et trop souvent nécessaire que ce troisième livre est destiné » (§ 3). Mais le droit de faire la guerre est trop dangereux, pour que, depuis l'établissement des sociétés politiques, on puisse en abandonner l'exercice aux particuliers, car comment les peuples conserveraient-ils la paix si chaque particulier avait le pouvoir de la troubler ? C'est au souverain seul qu'appartient le droit de juger si la Nation a un véritable sujet de se plaindre et s'il y a lieu de prendre les armes et de faire la guerre ; quant à l'autorité qui est autorisée à « faire la guerre » (déclarer la guerre), elle se trouve désignée par la constitution particulière de chaque Etat (§ 4).

Les développement, de Vattel au sujet de *ce qui sert à faire la guerre et de la levée des troupes* (chap. III) ne présentent plus, de nos jours, qu'un intérêt rétrospectif. Il

(1) Grotius s'était contenté de définir la guerre « l'état d'individus qui vident leurs différends par la force, considérés comme tels » (*De jure belli*, lib. I, cap. 1, § 2).

importe cependant de relever la définition qu'il donne des instruments de guerre. « Tout ce qui sert particulièrement à faire la guerre doit être mis au rang des instruments de la guerre, et les choses qui sont également d'usage en tout temps, commes les vivres, appartiennent à la paix ; si ce n'est certaines occasions particulières, où l'on voit que ces choses là sont spécialement destinées à soutenir la guerre. » (§ 6). Quant à la composition des corps de troupes, Vattel remarque qu'autrefois et surtout dans les petits Etats, dès que la guerre se déclarait, tout devenait soldat, le peuple entier prenait les armes et faisait la guerre ; de son temps l'usage des troupes réglées s'est établi presque partout et principalement dans les grands Etats : l'autorité publique lève des soldats, les distribue entre différents corps et les entretient aussi longtemps qu'elle le juge à propos. Mais dans ces enrôlements il ne faut prendre que des gens propres au métier de la guerre ; aussi doit-on en exempter certaines catégories de personnes, les unes comme les enfants, les vieillards et les femmes parce qu'elles sont incapables de manier les armes ; les autres, comme les magistrats, parce qu'ils sont voués à des fonctions nécessaires à la société, même en temps de guerre. Pour cette dernière raison on peut, sans doute, exempter des armes « le clergé véritablement utile, celui qui sert à enseigner la religion et à célébrer le culte public » ; mais « cette immense multitude d'inutiles religieux, ces gens qui, sous prétexte de se consacrer à Dieu, se vouent en effet à une molle oisiveté, de quel droit prétendent-ils à une prérogative ruineuse à l'Etat ? ». « Je ne prétends pas ici, ajoute Vattel, conseiller à un souverain de remplir ses armées de moines, mais de diminuer insensiblement une espèce inutile, en lui ôtant des privilèges abusifs et mal fondés ».

Tous ces soldats doivent recevoir une solde à laquelle pourvoiront les impôts, car il est juste que ceux qui ne servent pas, paient leurs défenseurs. Les hôpitaux et les asiles, destinés à venir en aide aux soldats et aux officiers

que les fatigues ou les blessures ont mis hors d'état de pourvoir à leurs besoins, peuvent être envisagés comme une partie de la solde militaire, mais Vattel leur affecte une ressource spéciale : « leur entretien honorable serait une charge bien convenable à répartir sur les riches couvents et sur les gros bénéfices ecclésiastiques. Il est trop juste que des citoyens qui fuient tous les dangers de la guerre, emploient une partie de leurs richesses à soulager leurs vaillants défenseurs » (§ 11 et 12).

A côté des citoyens enrolés il peut y avoir des soldats mercenaires étrangers, qui s'engagent à servir volontairement l'Etat, pour de l'argent, pour une solde convenue. La capitulation, ou contrat qui détermine les conditions de leur engagement, règle et mesure les obligations et droits respectifs des contractants. Dès que le prince ne tient pas ce qu'il a promis les soldats étrangers ne lui doivent plus rien, mais Vattel défend ses compatriotes contre le reproche qui leur est adressé de refuser de marcher à l'ennemi parce qu'on ne les payait pas. Le métier de soldat mercenaire est d'ailleurs parfaitement légitime, pourvu que le souverain l'ait permis à ses sujets et l'intérêt même de ce souverain le lui conseille puisque le soldat mercenaire, en apprenant le métier de la guerre, se sera rendu plus capable de servir sa patrie, si jamais elle a besoin de ses bras (§ 13 et 14). Par contre le fait d'enrôler des soldats en pays étranger, sans la permission du souverain, constitue le crime de *plagiat* ou vol d'hommes, que toutes les législations punissent sévèrement.

Ces soldats, quels qu'ils soient, doivent prêter serment de servir avec fidélité et ne point déserter le service, ils doivent de plus se soumettre aux lois et à la discipline militaires édictées par le souverain du pays qu'ils servent. Cependant, en temps de guerre, la volonté du souverain est transmise, pour les opérations militaires, à des *puissances subalternes* ; la commission que reçoit ainsi le général en chef, lorsqu'elle n'est pas expressément limitée,

lui donne un pouvoir absolu sur l'armée et le droit de la faire marcher où il juge à propos. Tout ce que promet une puissance inférieure, dans les termes de sa commission et conformément au pouvoir que lui donnent ses fonctions, est promis au nom du souverain et l'oblige comme s'il l'avait promis lui-même (§ 19 à 23).

La guerre entraîne de tels désastres qu'elle ne doit être entreprise sans de très fortes raisons et ces raisons sont de deux sortes : des *raisons justificatives*, qui prouvent le bon droit de la Nation à faire la guerre et des *motifs*, qui déterminent l'utilité qu'elle a à l'entreprendre (chap. III, *Des justes causes de la guerre*) (1). La juste cause d'une guerre ne peut être qu'une *injure*, ou déjà faite ou dont on se voit réellement menacé, et l'usage de la force aura pour but soit de la venger, soit de la prévenir (§ 26). Vattel suit donc bien ici la tradition de Grotius qui déjà distinguait deux justes causes de guerre : celle où il s'agit de prévenir l'injustice et celle où il s'agit de la réparer (2). Mais à cette juste cause qui est tirée de la justice de l'entreprise il faut joindre des *motifs honnêtes et louables* qui sont tirés du bien de l'Etat et du salut commun des citoyens ; on doit condamner une guerre qui serait fondée sur des motifs vicieux suggérés par la violence des passions, bien qu'elle soit entreprise pour un sujet légitime, car ce sujet n'aurait pas la valeur d'une raison justificative : il ne serait qu'un *prétexte* (§ 29 à 32).

Ces principes sont nécessairement d'une application très difficile et l'on s'en rend compte lorsque Vattel tente d'apprécier les différents cas de guerre : il ne se tire de la difficulté qu'en supposant des causes douteuses, sur lesquelles on ne peut porter un jugement absolu et il aboutit ainsi à reconnaître qu'une guerre peut être juste des deux côtés.

(1) T. II, p. 366.
(2) *De jure belli*, lib. II, cap. I, § 2.

Certaines de ces applications présentent cependant un intérêt particulier. Il admet notamment la légitimité d'une guerre entreprise pour « punir une nation », pourvu qu'elle soit fondée sur le droit et sur la nécessité. Le droit de punir pour Vattel est, on le sait, le droit de défense individuelle cédé et transporté à la société ; ce fondement du droit de punir est critiquable, puisque d'une part il suppose que la justice ne doit jamais dépasser les mesures qui sont strictement nécessaires pour écarter le péril momentané, occasionné par un malfaiteur et que, d'autre part, il ne permet de faire aucune distinction suivant la responsabilité du coupable (1) ; il devient tout à fait inaccepable entre nations car il se heurte alors aux principes de l'indépendance et de l'égalité des Etats : l'exercice de la juridiction criminelle suppose toujours une supériorité qui ne saurait exister entre Etats souverains et égaux entre eux. Aussi bien, comme Vattel admet expressement ces deux principes, on peut trouver étrange de lui voir reconnaître l'existence d'un droit de punir entre nations ; mais si on analyse ce qu'il en dit, on s'aperçoit aisément qu'il donne ici à cette expression une toute autre signification que celle que nous lui attribuons ; pour lui ce droit de punir n'est autre que celui de pourvoir à sa sûreté soit contre une injure présente, en exigeant sa réparation, soit contre une injure à venir et qu'on peut craindre, en prenant contre le coupable les précautions nécessaires ; punir n'est pas *rendre la justice* mais *se faire rendre justice*. Nous n'en voulons pour preuves que les conditions qu'il impose pour l'exercice de ce droit de punir : il faut qu'il soit fondé non seulement sur le droit, c'est-à-dire sur le fait qu'on a véritablement reçu une injure, mais encore sur la nécessité, c'est-à-dire sur l'obligation où l'on

(1) Ces critiques étaient déjà entrevues par l'éditeur du *Droit des gens* de 1775. Voy. sa lettre, p. 30 et ses notes : t. I, p. 445 ; t. II, p. 317, 318 et 371.

est de recourir à la guerre comme à l'unique moyen d'obtenir une juste satisfaction et une sûreté efficace pour l'avenir (§ 41) (1).

L'*accroissement d'une puissance voisine* par laquelle on craint d'être un jour opprimé, est-elle une raison suffisante de lui faire la guerre, ou, en d'autres termes, le droit de sureté autorise-t-il un Etat à s'opposer, même par la force, à l'accroissement, à l'aggrandissement d'une autre Etat? Vattel, comme Grotius (2), pose en principe la négative, mais il admet aussi de nombreuses exceptions qui aboutissent à une véritable contradiction. Après avoir affirmé que l'accroissement de puissance ne peut, seul et par lui-même, donner à qui que ce soit le droit de prendre les armes pour s'y opposer (§ 43), il admet ce droit lorsqu'un voisin suspect est sur le point de recevoir un accroissement formidable de puissance qui a les apparences d'un danger et dont il hésite à donner des sûretés; puis, dans le cas où une puissance ambitieuse commettrait la moindre injustice envers une autre, il accorde à toutes les Nations de se joindre à l'offensé et de réunir leurs forces pour réduire l'ambitieuse; enfin, il va jusqu'à autoriser les Nations à se coaliser contre un Etat puissant, comme la Rome antique, bien que sa conduite reste juste et circonspecte.

Vattel paraît d'ailleurs vouloir justifier ces importantes restrictions par la nécessité qu'il y a à maintenir, en Europe, un *équilibre politique* dont il constate l'existence déjà de son temps (§ 47). Pour conserver cet équilibre, il ne lui paraît pas nécessaire d'aboutir à une égalité de force entre les puissances, comme Henri IV en avait eu l'idée;

(1) Plus loin même Vattel qualifie d'extravagant prétexte la prétention « de ceux qui s'arrogent le droit de châtier une nation indépendante pour des fautes qui ne les intéressent point ».

Voy. de même liv. II, chap. IV, § 56; chap, VI, § 71; chap. XVIII, § 340; liv. III, chap. III, § 28.

(2) *De jure belli*, lib. II, cap. II, § 17. Voy. de même WOLFF, *Institutiones*, § 1172.

il suffirait de former des confédérations pour tenir tête au plus puissant et l'empêcher de faire la loi, soit en s'opposant à ses expéditions militaires, soit même en prévenant ses desseins d'oppression et de conquête (1).

Sur la nécessité d'une déclaration de guerre (chap. IV, *De la déclaration de guerre et de la guerre en forme*) Vattel, comme Grotius (2), se déclare très nettement pour l'affirmative ; mais il n'y voit pas la consécration de la confiance et de la bonne foi qui doivent régner entre nations : pour lui, ce n'est qu'un expédient extrême, destiné à avertir l'adversaire qu'on va employer la force, afin de l'engager à donner satisfaction aux réclamations qui lui sont faites ; la déclaration de guerre n'est pas la notification du commencement des hostilités, c'est plutôt un dernier moyen diplomatique pour résoudre le conflit avant de recourir aux armes. Vattel distingue cependant suivant que la déclaration de guerre est pure et simple ou conditionnelle (*ultimatum*), mais dans l'un comme dans l'autre cas, si l'ennemi offre des conditions de paix équitable, on doit s'abstenir d'employer la force : la déclaration de guerre ne saurait être suivie d'effet (§ 54). La forme de la déclaration de guerre importe peu, pourvu qu'il en résulte bien que l'adversaire est averti ; sa date, au contraire, présente une grande importance : Vattel admet comme légitime que l'on ait pris toutes ses précautions stratégiques, il va même jusqu'à reconnaître le droit de pénétrer sur les terres de l'ennemi, mais il faut du moins que la déclaration de guerre intervienne avant qu'aucune hostilité ait été commise. Il

(1) Il est intéressant de remarquer que la même idée a été reprise par de Martens, (liv. IV, chap. I, § 124) ; Klüber, § 42 ; Heffter, §§ 5 et 6 ; Bluntschli, art. 48.

(2) *De jure belli*, lib. III, cap. III, § 6 ; Bynkershoek, *Questiones juris publici*, l. I, chap. II, au contraire, considère la déclaration de guerre comme un usage sans doute utile et honorable, mais nullement obligatoire,

importe d'ailleurs que les neutres eux-mêmes soient prévenus, afin d'éviter toute difficulté ultérieure, mais cette notification doit être faite avec dignité et les manifestes qui la portent ne doivent pas contenir d'expressions injurieuses à l'adresse de l'adversaire.

A côté de la déclaration de guerre interviennent d'autres mesures préliminaires au commencement des hostilités, notamment celles qui concernent les sujets de l'ennemi qui se trouvent dans le pays : le souverain qui déclare la guerre ne peut les retenir pas plus que leurs biens ; Vattel se trouve ici en heureuse contradiction avec Grotius et Bynkershœk qui admettaient le droit d'arrêter et de détenir les sujets ennemis (1) et il en donne d'excellentes raisons : ces étrangers sont venus sur la foi publique, en leur permettant d'entrer dans le pays et d'y séjourner on leur a promis tacitement toute liberté et toute sûreté pour le retour (§ 63).

Quelle sera la sanction de ces différentes formalités ? C'est, dit Vattel, que la guerre qui en aura été précédée sera une *guerre légitime et dans les formes.* Sans entrer ici dans le détail des effets qui résultent de cette qualité il en indique cependant l'importance lorsqu'il prévoit, pour le moment de la paix, une distinction à établir entre les actes qui doivent passer pour des effets de la guerre et « ceux que chaque nation peut mettre en griefs pour en demander la réparation » (§ 56) ; il est étonnant que Pinheiro Ferreira qui remarque cette conséquence grave, ne parvienne pas à tomber d'accord avec Vattel sur la nécessité de la déclaration de guerre (2).

Vattel accepte encore les idées anciennes pour déterminer ce que doit comprendre l'ennemi (chap. V, *De l'en-*

(1) *De jure belli*, lib. III, cap. IX, § 4 ; *Questiones juris publici*, l. I, chap. III.

(2) Voy. sa note sous le § 51, édit. PRADIER-FODÉRÉ, p. 401.

nemi et des choses appartenantes à l'ennemi) (1) ; pour lui comme pour Pufendorf et Grotius, il y a solidarité entre l'Etat et les citoyens : tous les sujets, sans distinction, de deux nations qui se font la guerre sont ennemis et par suite tous les biens, appartenant non seulement à l'Etat ennemi mais encore à ses sujets, sont des biens ennemis et peuvent être confisqués. Mais il s'en faut qu'il applique ses principes avec la même rigueur que ses prédécesseurs : il accentue encore la modération que Grotius recommandait à l'égard des femmes et des enfants (2) (§ 72) ; tandis que Bynkershœk se prononçait pour la confiscation générale de tous les biens sans distinction (3), notre auteur repousse la confiscation des immeubles possédés par les sujets ennemis et admet seulement le séquestre de leurs revenus (§ 76) ; s'il autorise chaque belligérant à confisquer les créances dues à ses ennemis, il ajoute que l'avantage et la sûreté du commerce engagent le souverain à se relâcher de cette rigueur (§ 77).

Comme tous les anciens auteurs, Vattel examine longuement (chap. VI) quelle peut être l'influence d'une guerre sur les obligations de son allié et il distingue suivant qu'il s'agit de *sociétés de guerre* ou de *traités de secours* (§ 80) ; mais les définitions et les distinctions qu'il donne n'ont qu'une importance relative, car la solution de la question dépend avant tout des termes du traité d'alliance, il s'agit de savoir uniquement si l'on se trouve ou non dans un *casus fœderis*, c'est-à-dire dans un des cas « où la force des engagements se déploie » (§ 88). Quelle que soit d'ailleurs la puissance des engagements pris, Vattel reconnaît qu'un allié peut se soustraire à leur exécution lorsqu'il juge que la guerre est injuste ou qu'elle porterait atteinte à son propre salut. Il se demande de même quelle doit être

(1) T. II, p. 417.
(2) *De jure belli*, lib. III, cap. XI, § 9 et s.
(3) *Questiones juris publici*, l. I, chap. VII.

la situation faite aux alliés de l'ennemi ; mais ici encore il ne peut arriver à une solution nette car il s'agit en somme d'une question de fait : la participation plus ou moins active de ces alliés à la lutte. Un cas cependant est intéressant à noter, c'est celui où l'alliance n'a pas été conclue spécialement pour la guerre présente, mais stipulait simplement un secours déterminé à celui qui serait attaqué ; Vattel estime, dans ce cas, que l'allié en fournissant le secours ne commet pas une injure à l'égard de l'adversaire et que celui-ci ne saurait le considérer comme ennemi (§ 101). Sur ce point notre auteur s'est séparé de son maître Wolff qui enseignait, au contraire, que dans une guerre chaque belligérant devient de plein droit l'ennemi de tous les associés de son adversaire et de quiconque lui prête une aide ou un secours quelconque, sans même qu'il y ait besoin à leur égard de faire une déclaration de guerre (1). On a critiqué la solution de Vattel et c'est fort justement (2), car du moment que l'alliance existe et que les contractants l'exécutent, ils deviennent ennemis du même ennemi sans qu'il y ait à s'inquiéter de savoir contre qui avait été primitivement dirigée leur convention. Mais cette solution s'explique chez Vattel par la conception qu'il se faisait de la neutralité, beaucoup moins rigoureuse et moins absolue que celle de la doctrine moderne.

Vattel traite assez superficiellement de *la neutralité* (chap. VII), il ne descend pas dans l'examen des cas particuliers et s'en tient à des principes généraux ; il s'y étend cependant plus longuement que ne l'avait fait Grotius (3) et l'on comprend qu'il y attache plus d'importance, d'une

(1) *Jus gentium*, §§ 736 à 730.

(2) Voy. Rivier, *Principes du droit des gens*, t. II, p. 216 ; Heffter, *op. cit.*, p. 258, § 117 ; Pillet, *Les lois actuelles de la guerre*, chap. xi, p. 282.

(3) *De jure belli*, lib. III, cap. xvii. Comparez de même Wolff, *Institutiones*, § 1181.

part, parce que sa nationalité le poussait à s'occuper d'une situation internationale que son pays, la Confédération Suisse, s'était efforcé de développer depuis le XVIe siècle ; d'autre part, parce que les guerres de XVIIe siècle avaient entraîné presque toutes les puissances maritimes sur les champs de bataille et avaient révélé dans les questions de neutralité une gravité que Grotius ne soupçonnait pas.

Sa conception de la neutralité devait se ressentir des principes de son droit de la guerre et, comme Grotius, il mêle à la question de la neutralité celle de la justice de la guerre : non seulement une Nation tierce doit surtout considérer la justice de la cause pour décider si elle restera neutre ou non (§ 106), mais encore un neutre ne doit pas tenir la même conduite par rapport à celui dont la cause est injuste (§ 135). Les devoirs des neutres se réduisent à l'impartialité à l'égard des deux belligérants : il ne saurait être question pour eux d'un devoir d'abstention et la participation qu'ils prennent aux hostilités, sans intention de favoriser d'une manière partiale l'une des parties, ne constitue pas une violation de leur neutralité.

Vattel aboutit ainsi, comme ses prédécesseurs, à l'institution de deux formes différentes de neutralité : l'une complète et stricte, l'autre incomplète et plus ou moins arbitraire. Cette seconde forme se présente surtout dans deux cas : en premier lieu, lorsqu'en exécution d'une promesse faite avant le commencement des hostilités et non pas en vue de la guerre actuelle, une puissance fournit un secours à l'une des parties (§ 105) ; la partie adverse, nous l'avons vu (1), ne peut considérer un pareil acte comme une injure ni traiter son auteur en ennemi. En second lieu, une Nation, qui en vue de son propre bien accomplit certains actes, ne s'associe pas à la guerre et ne peut pas être considérée comme ayant violé sa neutralité, pourvu qu'elle ne les ac-

(1) Voy. *supra*, liv. III, § 101. Voy. de même HEFFTER, *op. cit.*, § 144, p. 335.

complisse pas avec partialité c'est-à-dire avec le dessein de favoriser une puissance au préjudice d'une autre et pourvu qu'elle ne fasse pas tort à l'un des partis qui aurait alors le droit de s'y opposer. Ainsi un peuple qui, pour exercer ses sujets, a coutume de permettre sur son territoire, les levées des troupes, peut accorder ces autorisations sans violer sa neutralité, à moins que ces autorisations n'aient été données en vue d'envahir un Etat étranger, ou pour soutenir une cause odieuse et manifestement injuste ; il serait même libre de n'autoriser, s'il le juge bon, qu'un seul des deux adversaires à faire ces levées de troupes. Ainsi encore, une Nation qui a l'habitude de prêter de l'argent à l'étranger peut disposer de ses fonds librement et selon son intérêt, vis-à-vis de l'un des belligérants sans que l'autre soit en droit de se plaindre, pourvu que sa préférence n'ait pas pour cause une partialité manifeste (1) ; et il faudrait en décider de même pour ce qui concerne la fourniture des armes, bois de construction, vaisseaux et munitions de guerre (§ 110). Il y a ainsi, dans ces cas de neutralité imparfaite, une distinction à établir entre les secours que le neutre peut apporter aux belligérants sans se compromettre et ceux qui doivent être jugés incompatibles avec sa neutralité ; cette distinction est déjà difficile à déterminer en théorie et on peut se demander si, malgré les règles qu'il pose, Vattel y est parvenu (2) ; mais en pratique surtout, il est aisé de comprendre qu'il y a une large part d'arbitraire dans la façon d'établir cette ligne de démarcation et que l'emportera toujours, non pas la Nation qui sera dans le droit, mais celle qui aura la force. Vattel semble avoir prévu lui-même cet inconvénient car il conseille aux Nations, comme l'avait fait Wolff, de conclure entre elles des traités de neutralité qui fixeront éventuellement leurs devoirs réciproques et sans lesquels « il est à craindre qu'il

(1) Sur ce point Geffcken sous Heffter, *op. cit.*, § 148, p. 349, n. 5.
(2) Voy. Pillet, *op. cit.*, p. 281.

ne s'élève souvent des disputes sur ce que la neutralité permet ou ne permet pas » (§ 109).

L'arbitraire est plus évident encore et plus accentué lorsqu'après avoir déterminé les devoirs des neutres Vattel s'occupe de leurs droits ; il intervient ici, dans sa théorie, cette loi de nécessité dont il a montré antérieurement le principe et les applications directes (1) et qui le conduit à restreindre singulièrement la liberté et les droits des neutres.

Cette loi de nécessité se manifeste d'abord en ce qui concerne le commerce des neutres. Vattel a très bien vu quels étaient les intérêts en présence ; d'un côté les neutres continuant simplement leur commerce exercent un droit que rien ne devrait les obliger à sacrifier, d'un autre côté le salut et la sûreté du belligérant exigent qu'il prive son adversaire de tout ce qui peut le mettre en état de résister. En principe, il cherche à maintenir entre eux une balance égale (§ 111) ; mais il n'aboutit en réalité qu'à une apparence d'égalité, car justifiant le droit des belligérants par la loi de nécessité, il subordonne la détermination du droit à l'appréciation de ce qui constitue la nécessité, par conséquent à la volonté du plus fort. Cela est d'autant plus grave qu'il ne définit pas nettement les choses appartenant à la guerre ; s'il ne distingue pas, comme Grotius et Bynkershœck, différentes sortes de contrebande de guerre (2), comme eux cependant, il confond sous ce terme : « les armes, les munitions de guerre... les chevaux et les vivres même, en certaines occasions ». (§ 112). Concernant plus spécialement le commerce maritime, Vattel s'en tient à la règle ancienne du *Consulat de la mer* : *suum cuique* (3) ; le navire neutre ne couvre pas la marchandise ennemie,

(1) Voy. *supra*, liv. II, chap. IX, *Des droits qui restent à toutes les Nations, après l'introduction du domaine et de la propriété.*

(2) *De jure belli*, lib. III, cap. I, § 5 ; *Questiones juris publici*, liv. I, chap. X.

(3) De même Grotius, lib. III, cap. VI, §§ 6 et 26 ; Bynkershoeck, liv. I, chap. XIII et XIV.

mais à l'inverse la marchandise neutre est respectée sous pavillon ennemi ; seulement tandis que dans le premier cas on doit payer le fret au navire neutre sur qui on opère la saisie de marchandises ennemies, dans le second les marchandises neutres n'auront droit à aucune indemnité pour retard ou dépérissement, car chargées sur navire ennemi, elles devaient participer aux risques courus par celui-ci. Ces règles sont très libérales pour l'époque, puisque non seulement elles écartent la solution rigoureuse de l'ordonnance de 1681 qui confisquait le navire neutre portant des marchandises ennemies, mais encore elles apportent une atténuation à l'ordonnance de 1714 en accordant à ce navire le paiement de son fret.

L'intérêt des belligérants trouve toute son ampleur et toute sa force dans le cas d'un siège ou d'un blocus puisqu'il ne s'agit plus seulement d'empêcher le commerce de marchandises pouvant perpétuer la lutte, mais qu'on aboutit à l'interdiction absolue de toute communication avec la place assiégée. Vattel a parfaitement entrevu cette situation spéciale, mais il ne fait que l'indiquer (§ 117) et il est étonnant qu'il ait complètement négligé une matière qui, déjà de son temps, présentait assez d'importance pour que les puissances aient essayé, par traités, d'en fixer les conditions.

La seconde manifestation que l'on peut relever de la loi de nécessité concerne le passage des troupes belligérantes sur territoire neutre. Un Etat peut certainement l'accorder sans violer sa neutralité pourvu qu'il l'ouvre également aux deux parties, puisque, nous l'avons vu, la neutralité se réduit à un devoir d'impartialité. Mais Vattel va plus loin et il admet que le belligérant, dans certains cas, lorsque la nécessité l'y oblige, non seulement aura le droit de demander le passage, mais aura encore celui de l'exiger (§§ 122 et 123 *fine*). Il comprend cependant toute la gravité d'une telle prérogative, et, avec maintes distinctions, il reconnaît au neutre le droit de se refuser à son exécution, ou tout

au moins d'exiger des sûretés suffisantes s'il en peut craindre un danger pour son pays. Au reste il n'y a là que l'application, en temps de guerre, d'une obligation que la loi naturelle impose aux nations dans leurs rapports réciproques : celle d'accorder aux étrangers l'usage non nuisible ou innocent du territoire national (1) ; cette obligation cependant n'est qu'imparfaite en ce sens qu'une nation ne peut être contrainte à l'exécuter que s'il ne doit en résulter aucun dommage pour elle-même, ce qu'elle seule appréciera selon sa conscience.

Cette prédominance que Vattel donne à la loi de nécessité est le caractère essentiel de sa théorie de la neutralité ; elle constitue comme un principe supérieur et fatal venant modifier les rapports que commande la raison entre belligérants et neutres, mais elle devient, par suite, un obstacle pour définir et défendre les droits de ceux-ci.

En tout ce qui concerne la conduite des hostilités (chap. VIII, *Du droit des nations dans la guerre*, etc.) (2), Vattel fait preuve d'une très grande humanité et l'on peut résumer sa doctrine dans ce principe qu'il pose : « Partout où la sévérité n'est pas absolument nécessaire, on doit user de clémence » (§ 141) ; on ne doit jamais perdre de vue en effet que la nature n'accorde le droit de faire la guerre à ses semblables que par nécessité, et comme un remède toujours fâcheux contre l'injustice opiniâtre ou contre la violence. C'est ainsi que si, en principe, on a le droit d'enlever la vie à son ennemi on ne peut le faire lorsqu'il a cessé de résister (§ 140) ; si les femmes, les enfants et les vieillards sont au nombre des ennemis, on n'a pas le droit de les maltraiter, encore moins de leur ôter la vie (§ 145) ;

(1) *Supra*, liv. II, § 127 et suiv. C'est dans le même sens que Wolff reconnaît ce droit de passage, voy. *Institutiones*, § 1182 et *Jus gentium*, § 686.

(2) T. III, p. 1.

si on est en droit de s'assurer de ses prisonniers et pour cela de les enfermer, de les lier même, rien n'autorise à les traiter durement ni à les réduire en esclavage, ni à les tuer (§§ 150 à 152) (1).

On voit s'affirmer chez notre auteur la distinction entre combattants et non combattants que Grotius n'avait notée qu'à un point de vue purement moral : « celui qui protège les habitants désarmés... s'épargne bien des maux et des dangers » (§ 147). Et cependant Vattel eut à lutter contre tous les préjugés de son époque sur cette matière et souvent même il eut de la peine à s'en dégager; on le sent à ses hésitations lorsqu'il se demande, par exemple, s'il est permis de tuer des prisonniers que l'on ne peut plus nourrir, lorsqu'il recommande que le châtiment d'un attentat commis par l'ennemi ne retombe que sur les vrais coupables, lorsqu'il préfère la générosité à l'usage des représailles. Toutes ces solutions sont formulées avec une timidité qui peut étonner de nos jours (2); mais si l'on compare la théorie de Vattel à celle de ses prédécesseurs et en particulier à celle de Grotius il faut reconnaître qu'elle constitue un progrès énorme au point de vue humanitaire et qu'elle est, comme on l'a dit, le dernier degré de la transition des idées anciennes aux idées modernes (3).

Le progrès est encore notable dans la détermination des moyens licites de nuire à l'ennemi. Vattel distingue très sainement entre les surprises qu'il considère comme légitimes et l'assassinat ou l'empoisonnement qu'il tient pour des actions infâmes et exécrables (§ 155) (4). Il réprouve

(1) Sur les prisonniers de guerre comparer Grotius, *De jure belli*, lib. III, cap. VII et XIV.

(2) On peut s'étonner aussi que Vattel ne dise rien des blessés ni des morts ; mais on sait que, de son temps, c'était une matière encore entièrement réservée aux conventions entre généraux ennemis.

(3) Pillet, *op. cit.*, p. 38.

(4) Comparer Grotius, *De jure belli*, lib. III, cap. IV, § 18 et Wolff, *Jus gentium*, §§ 877 et 882.

également l'usage d'armes empoisonnées et le fait de corrompre l'eau des fontaines, et sur ce point — lui-même l'annonçait dans sa préface — il est en désaccord non seulement avec Grotius, mais encore avec Wolff (1). Mais surtout il demande que la bonne foi subsiste entre ennemis (chap. X, *De la foi entre ennemis* etc.). Si les traités sont généralement éteints par une guerre éclatant entre les parties contractantes, on doit excepter ceux où l'on stipule certaines garanties en cas de rupture ou certaines pratiques en cas de guerre et ceux là il faut les observer (§ 175). De même il ne faut point tromper son ennemi lorsqu'on s'est engagé, expressément ou tacitement, à lui dire la vérité; mais Vattel, très justement, distingue à ce point de vue les stratagèmes qui sont légitimes et ceux qui sont faits avec perfidie. Il est, en principe, opposé à l'espionnage et il engage les citoyens d'un pays à refuser de s'y livrer comme indigne d'hommes d'honneur, mais son opinion ne paraît pas très nette car il admet que, dans certaines circonstances, le souverain peut exiger un pareil service de ses sujets (§ 179).

Notre auteur s'est beaucoup dégagé des préjugés de son temps en ce qui concerne les droits de belligérants sur la propriété ennemie (chap. IX, *Du droit de la guerre à l'égard des choses qui appartiennent à l'ennemi.*) Non seulement il admet, conformément aux principes qu'il a posés, que le vainqueur peut s'attaquer aux biens des particuliers comme à ceux de l'Etat (2), mais encore il lui reconnaît le droit de s'en attribuer autant qu'il est nécessaire pour « punir l'injustice ou la violence » ou pour obtenir une juste satisfaction (§ 162 et 163) (3). Par suite, logiquement, il légitime le butin et c'est en vain qu'il tente d'y apporter des atténuations soit en lui préférant les contributions de guerre qu'il

(1) *Jus gentium*, § 878.
(2) Voy. *supra*, § 73.
(3) Voy. de même Grotius, *De jure belli*, lib. III, cap. vi.

présente ainsi comme le rachat du pillage (§ 165), soit en exigeant que certains monuments publics soient épargnés (§ 168) : il enfreint ici la règle de modération qu'il posait à l'égard des personnes et surtout il contredit absolument la distinction qu'il prétendait faire entre les combattants et les non combattants (1).

Toutes les règles qui viennent d'être posées ne s'appliquent qu'au belligérant dont la cause est juste : « Quiconque prend les armes sans sujet légitime, n'a donc absolument aucun droit. » Ce principe semblait déjà bien résulter du titre même du chapitre qui indiquait « ce qu'on est en droit de faire et ce qui est permis dans une guerre juste » (2) ; Vattel tient cependant à l'affirmer à nouveau et à le préciser ici (chap. XI, *Du souverain qui fait une guerre injuste*). A ce principe d'ailleurs il fallait donner une sanction : il la formule par une sorte de responsabilité juridique qui incombe à celui qui fait une guerre injuste. Cette responsabilité obligera ce dernier à réparer le dommage qu'il aurait causé ou à en accorder une juste satisfaction si le mal est irréparable, elle ira même jusqu'à lui faire subir une peine. Et, bien que Vattel réduise l'application de cette responsabilité au souverain et qu'il en dispense les officiers et soldats qui n'auront été que des instruments obéissant à ses ordres, il comprend cependant à quelles difficultés donnerait lieu cette application et il se pose, à ce sujet, une série de questions qu'il ne résoud qu'imparfaitement (§ 186). En réalité le véritable obstacle ne se trouvait pas là ; il était dans le principe même de la juste guerre, principe dont l'organisation positive est impossible. Le droit de la guerre de Vattel comme celui de Grotius en est tout imprégné et c'est ce qui constitue pour tous deux leur principale faiblesse.

(1) Voy. *supra*, liv. III, §§ 137 et 147.

(2) *Supra*, liv. III, chap. VIII ; Voy. de même WOLFF, *Institutiones*, § 1192.

Livre quatrième. *Du rétablissement de la Paix et des Ambassades.*

L'état de paix étant l'état le plus propre à permettre aux Nations de travailler à leur félicité, elles sont dans l'obligation de le cultiver et pour cela, elles doivent tendre à mettre fin à la guerre par la conclusion d'un traité (chap. II, *Des traités de paix*) (1). La même puissance qui a le droit de faire la guerre a naturellement aussi celui de faire la paix et c'est à sa constitution à déterminer quelles seront les autorités qui devront y concourir (§ 9). Quant aux conditions qui accompagnent ce traité de paix et que Vattel étudie assez longuement elles ne sont en somme que l'application de la théorie générale des contrats. Les règles qui lui sont spéciales ne concernent que son exécution (chap. III). L'effet général du traité de paix est de mettre fin à la guerre et d'en abolir le sujet. Aussi s'engage-t-on réciproquement à une paix perpétuelle, mais Vattel remarque qu'il ne faut pas entendre par là que les contractants promettent de ne plus jamais se faire la guerre, pour quelque sujet que ce soit, la paix ne se rapporte qu'à la guerre qu'elle termine et à la cause qui avait allumé celle-ci (§ 19). Par la nature même de la paix l'amnistie de tous les griefs antérieurs est nécessairement comprise dans le traité quand bien même celui-ci n'en parlerait pas ; mais on ne doit pas l'étendre à des faits qui n'ont aucun rapport avec la guerre qui vient d'être terminée (2).

Les Nations traitent et communiquent entre elles par l'intermédiaire de ministres publics dont il peut exister plusieurs ordres et différentes espèces, mais qui possèdent tous ce caractère essentiel, commun, d'être des représentants d'une puissance étrangère (§ 56). Tout Etat souverain est en droit d'envoyer et de recevoir des ministres publics, il

(1) T. III, p. 171.
(2) Voy. de même Wolff. *Institutiones*, § 1211.

possède ce qu'on appelle le *droit d'ambassade* (chap. V) (1) ; par conséquent des Etats protégés ou ayant contracté une alliance inégale, des Etats vasseaux ou tributaires qui ne sont point sujets auront également ce droit. Vattel le reconnaît même à des villes, comme Neufchâtel et Bienne, qui jouissent du « droit de bannière », mais il est certain qu'il y avait là une situation internationale spéciale qu'on ne saurait retrouver de nos jours. Comme, d'autre part, toutes les nations sont placées en droit sur le pied de l'égalité quelle que soit en fait leur puissance, chacune d'elles, si petite fût-elle, a le droit d'envoyer non seulement des ministres de second ordre mais des ambassadeurs et c'est à tort que de grands monarques ont dénié ce droit à de petits Etats (§ 78). On ne peut refuser de recevoir l'ambassadeur d'une puissance amie, à moins de raisons particulières, sans lui faire injure, mais cette obligation ne va pas jusqu'à souffrir en tout temps des ministres perpétuels « qui veulent résider auprès du souverain, bien qu'ils n'aient rien à négocier » (§ 66). Vattel cependant qui constate la coutume déjà bien établie d'entretenir partout des ministres continuellement résidents, n'y est pas opposé ; mais comme Wolff (2), il manifeste à l'égard de cette institution une certaine méfiance et reconnaît aux Nations le droit de prendre à son égard des précautions : ainsi le souverain étranger ne peut s'offenser si l'on prie son ministre de se retirer quand il a terminé les affaires qui l'avaient amené ; certains Etats, en particulier les républiques, peuvent avoir de bonnes raisons pour se dispenser de souffrir continuellement chez ceux des ministres étrangers « qui corrompent les citoyens, qui les attachent à leurs maîtres au grand préjudice de la république ».

Vattel, très justement, n'insiste pas sur les honneurs qui sont dus aux ambassadeurs et qui sont affaire de coutume

(1) Voy. de même Wolff, *Institutiones*, § 1238, *Jus gentium*, §§ 1044 et 1045.

(2) *Jus gentium*, § 1048.

et de convenance ; mais le respect qui est dû aux souverains rejaillissant sur leurs représentants, il importe que les ambassadeurs jouissent de certains *droits, privilèges et immunités* (chap. VII).

Le premier et le plus certain est *l'inviolabilité* de leur personne : « quiconque fait violence à un ambassadeur, ou à tout autre ministre public, ne fait pas seulement injure au souverain que ce ministre représente ; il blesse la sûreté commune et le salut des Nations » (§ 81). Le souverain qui admet un ministre et le reconnaît en cette qualité, s'engage par là-même et dès ce moment, à lui assurer toute la sûreté possible ; la violence qui serait faite à ce ministre ne constituerait pas un délit commun, mais un crime d'Etat dont le pardon ne dépend pas du prince chez qui le crime a été commis, mais de celui qui a été offensé dans la personne de son représentant.

Cette inviolabilité ne suffit pas : il faut encore que le ministre conserve une pleine *indépendance* et pour cela qu'il ne soit soumis ni à la juridiction, ni à l'autorité de l'Etat où il réside. « Sans cette indépendance, la sûreté, si nécessaire au ministre public, ne sera que précaire : on pourra l'inquiéter, le persécuter, le maltraiter, sous mille prétextes. » (§ 92) (1). On ne peut réprimer ses délits ou ses fautes que par la voie diplomatique, à moins qu'il ne s'agisse de faits si graves, comme des actes d'hostilité ou des complots, que l'emploi de la force soit nécessaire contre lui. Vattel constate d'ailleurs que l'inviolabilité et l'indépendance des am-

(1) Comparer le passage connu de Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XXVI, chap. XXI.

On voit que si Vattel admet le principe de l'exterritorialité à titre de fiction juridique (§ 115), il n'en fait pas, comme Grotius, la raison d'être de l'exemption de juridiction dont jouit l'ambassadeur. Il ne fait pas non plus naître, comme Burlamaqui, cette exemption d'un contrat intervenu entre le souverain local et le ministre ; elle provient, à ses yeux, des nécessités des fonctions de celui-ci.

bassadeurs sont unanimement reconnues par les Nations et il en donne quelques exemples (§ 103).

Il est d'autres droits qui ne résultent pas aussi nécessairement du caractère du ministre public, mais que la coutume lui attribue presque partout. Il en est ainsi du libre exercice de sa religion et de l'exemption des impôts. Ces immunités leur sont reconnues par la coutume et on doit les approuver, mais on ne peut pas dire qu'elles soient indispensables à leur mission.

Il est, par contre, nécessaire que l'ambassadeur soit *soustrait à la juridiction civile* locale, comme il l'est aux poursuites criminelles, pour ne pas être troublé dans l'exercice de ses fonctions; mais si de son plein gré il veut renoncer en partie à son indépendance et se soumettre à la juridiction civile du pays, il le peut sans doute, pourvu que se soit avec le consentement de son souverain (§§ 110 et 111) (1). Il ne bénéficiera d'ailleurs pas de cette exemption de juridiction, lorsqu'à son titre de ministre d'une puissance étrangère il joindra la qualité de sujet de l'Etat auprès duquel il se trouve accrédité et lorsque, expressément ou tacitement, il aura conservé les liens de sa sujétion; c'est affaire à la puissance étrangère de ne pas le choisir avec les inconvénients qui résultent de cette situation (2).

(1) Voy. de même Bynkershœck, *De foro legatorum*, chap. XXIII, n° 7; Geffcken, sous Heffter § 215, n° 3

(2) Vattel distingue d'ailleurs le cas où le ministre, né sujet de l'Etat où il est envoyé, a renoncé depuis à sa nationalité soit d'une manière définitive en se faisant naturaliser à l'étranger, soit même temporairement pour le temps qu'il sera au service d'un prince étranger, et le cas où tout en acceptant la commission d'un prince étranger, il est resté sujet de son propre pays. Dans le premier cas il sera certainement indépendant de la juridiction du lieu où il se trouve, c'est au souverain de sa naissance à ne pas l'admettre en qualité de ministre étranger, mais dans le second il ne pourra pas se dégager des liens de sa sujétion et le souverain étranger qui l'a commis ne saurait s'en plaindre (§ 112).

Voy. de même Bynkershoeck, *De foro legatorum*, chap. XI, et la

L'exemption de juridiction dont jouit l'ambassadeur, absolue quant à sa personne, ne s'étend pas à tous ses biens. Sans doute « toutes les choses qui appartiennent directement à la personne du ministre, en sa qualité de ministre public, tout ce qui est à son usage, tout ce qui sert à son entretien et à celui de sa maison, tout cela participe à son indépendance » (§ 113) ; mais, d'une part, l'exemption ne peut s'étendre aux effets qui font partie d'un négoce dont s'occupe le ministre, car ces effets n'ont aucun rapport avec ses fonctions et son caractère public (1) ; d'autre part, les immeubles que l'ambassadeur possède personnellement restent soumis à la juridiction de l'Etat où ils sont situés, car « l'ambassadeur ne possède pas ces biens-là comme ambassadeur ; ils ne sont pas attachés à sa personne, de manière qu'ils puissent être réputés hors du territoire avec elle » (§ 115) (2). Cependant en vertu de la même fiction, puisque l'ambassadeur est censé hors du territoire, on doit le citer comme on cite les absents et, tout en s'abstenant de s'adresser directement à sa personne, on l'obligera à répondre de ses dettes par la saisie des effets appartenant à son commerce ou de ses biens immobiliers.

révolution votée par l'*Institut de droit international*, dans sa session de 1895.

(1) Cette distinction a été abandonnée par la plupart des auteurs modernes qui accordent l'immunité à l'ambassadeur quelle que fût sa qualité lorsqu'il commit l'acte litigieux. La question avait d'ailleurs une beaucoup plus grande portée du temps de Vattel, car il n'était pas rare que des négociants fussent employés au service diplomatique, en qualité d'agents ou de résidents ; ce fut même une cause célèbre concernant un diplomate négociant qui fournit à Bynkershoek l'occasion de composer son traité *De foro legatorum* (Voy. chap. XIV, *De legato mercatore*).

(2) Cette réserve concernant les immeubles est admise par l'unanimité des auteurs, elle l'était surtout au temps de Vattel où la souveraineté territoriale conservait une force particulière. Burlamaqui est le seul qui ait déclaré indistinctement tous les biens du ministre à l'abri de la saisie. Voy. *Principes du droit de la nature et des gens*, chap. XIII, § 12.

Des immeubles possédés en propre par l'ambassadeur, il faut distinguer l'hôtel de l'ambassade (chap. IX) : « l'indépendance de l'ambassadeur serait fort imparfaite, si la maison où il loge ne jouissait pas d'une entière franchise, et si elle n'était pas inaccessible aux ministres ordinaires de la justice. L'ambassadeur pourrait-être troublé sous mille prétextes, son secret découvert par la visite de ses papiers et sa personne exposée à des avanies ». Mais la franchise de l'hôtel n'est établie qu'en faveur du ministre et de ses gens, elle ne doit pas servir à donner asile à des criminels poursuivis par la justice locale, sauf cependant s'il s'agit de gens souvent plus malheureux que coupables ou dont la punition n'importe pas au repos de la société.

Vattel étend les privilèges et immunités de l'ambassadeur à toute sa suite sans distinguer entre le personnel officiel et la famille ou les domestiques ; d'après lui « toutes ces personnes lui sont tellement attachées, qu'elles suivent son sort » (§ 120). Mais l'ambassadeur exercera sur les membres de sa suite une autorité qui lui permettra de réprimer les fautes qu'ils auront pu commettre. Vattel ne lui reconnaît cependant un véritable droit de juridiction que lorsqu'il s'agit de fautes commises contre lui-même ou dans le service (1) ; s'il s'agit de délits envers la société il faut distinguer suivant que le domestique est citoyen de la nation que le ministre représente, ou sujet du pays où il réside ; dans ce dernier cas le moyen le plus court et le plus naturel est de le chasser et de le livrer à la justice, dans la première hypothèse il faut lui appliquer la règle de l'extradition s'il

(1) Vattel refuse, en particulier, à l'ambassadeur le droit d'infliger aux gens de sa suite des peines capitales en infamantes, comme cela s'était vu quelquefois au XVIIe siècle. Ce prétendu droit de juridiction criminelle est d'ailleurs un reste des anciennes théories sur la monarchie absolue : là où le souverain pouvait disposer de la vie de ses sujets, il pouvait déléguer son pouvoir à son représentant ; de nos jours, un pareil droit ne saurait plus avoir de raison d'être.

s'agit d'un de ces crimes atroces dont la punition intéresse toutes les nations ou le livrer à son propre souverain s'il s'agit d'une faute moins grave (§ 124).

Lorsque la mission de l'ambassadeur cesse, ses fonctions cessent également, mais ses droits et ses privilèges n'expirent pas dès ce moment ; il les conserve jusqu'à son retour auprès de son maître et lorsqu'il se retire à cause de l'état de guerre déclaré entre le pays où il réside et le souverain qu'il représente, on lui laisse un délai suffisant pour sortir du pays en toute sûreté. Sans que ses fonctions prennent fin, elles peuvent se trouver en suspens soit par la mort du prince qu'il représente, soit par celle du souverain auprès de qui il est accrédité ; dans ces deux cas et surtout dans le premier il faudra à l'ambassadeur de nouvelles lettres de créance car ses pouvoirs sont expirés et il faut qu'on l'autorise derechef à parler et à agir officiellement.

Telle est l'œuvre de Vattel dans ses idées les plus essentielles et dans ses solutions les plus intéressantes.

Cette œuvre a été très diversement appréciée. Si tout le monde reconnaît l'autorité considérable qu'elle eut, pendant près d'un siècle, dans le monde politique et diplomatique et si certains sont allés jusqu'à la comparer à l'œuvre de Grotius, d'autres, par contre, lui ont adressé des critiques très sévères. De ces critiques il faut négliger celles qui ne s'expliquent que par les opinions politiques et religieuses de leurs auteurs, comme celles de l'abbé Feller et des frères Michaud (1) ; mais il en est qui se présentent sous un aspect purement scientifique et qui paraissent avoir été énoncées avec impartialité. Bentham qualifie les propositions de Vattel de « oldwomanisch and tautologi-

(1) Feller, *Dictionnaire bibliographique* ; Michaud, *Biographie universelle*, v° Vattel (t. XLVII). Ces auteurs catholiques ont surtout reproché à Vattel ses tendances libérales.

cal » (1) ; Bulmerincq parle de la « quasi autorité » de Vattel (2), et il n'est pas jusqu'à ses propres commentateurs, en particulier Pinheiro-Ferreira qui, dans leurs notes, ne lui adressent des critiques continuelles et très acerbes.

Ces appréciations diverses et extrêmes sont exagérées et si l'on ne peut pas, de loin, rapprocher le talent de Vattel du génie de Grotius, du moins faut-il reconnaître que le premier eut sur les progrès du droit des gens une influence considérable. C'est qu'en effet il ne faut pas juger l'œuvre de Vattel *in abstracto* et s'efforcer de comparer, comme l'a fait Pinheiro-Ferreira, les principes qu'elle contient à ceux qu'adopte la science moderne ; c'est là une méthode qui donne au critique une tâche vraiment trop aisée et qui ne laisse rien subsister d'une œuvre un peu ancienne. Il importe au contraire de replacer le *Droit des gens* dans son cadre, dans les circonstances qui entourèrent sa publication et de tenir compte en particulier de deux ordres de faits : d'une part, le but qu'a poursuivi Vattel en l'écrivant, d'autre part, les matériaux avec lesquels il le composa.

Ces deux points établis, il nous sera plus facile d'expliquer l'influence qu'eut notre auteur sur ses contemporains et d'apprécier, avec équité, la contribution que l'on doit reconnaître à son œuvre dans les progrès du droit des gens.

Le but que Vattel poursuivit en écrivant sont *Droit des gens*, lui-même l'expose très clairement dans sa préface :

« Le droit des gens est la loi des souverains. C'est pour eux principalement, et pour leurs ministres, qu'on doit l'écrire. Il intéresse véritablement tous les hommes, et l'étude de ses maximes convient, dans un pays libre, à tous les citoyens ; mais il importerait peu

(1) Bentham, *Principles of international Law*, 1789. Sur cette appréciation voy. la note de Holtzendorff et Rivier, *Introduction au droit des gens*, p. 408.

(2) Bulmerincq, *Völkerrecht oder internationales Recht*, 1887, p. 140.

d'en instruire seulement les particuliers, qui ne sont point appelés aux conseils des nations, et qui n'en déterminent point les démarches. Si les conducteurs des peuples, si tous ceux qui sont employés dans les affaires publiques, daignaient faire une étude sérieuse d'une science qui devrait être leur loi et leur boussole, quels fruits ne pourrait-on pas attendre d'un bon traité du droit des gens !...

Mais une funeste expérience ne prouve que trop combien peu ceux qui sont à la tête des affaires se mettent en peine du droit, là où ils espèrent trouver leur avantage. Contents de s'appliquer à une politique souvent fausse, puisqu'elle est souvent injuste, la plupart croient en avoir assez fait quand ils l'ont bien étudiée...

La Providence donne de temps en temps au monde des rois et des ministres pénétrés de cette grande vérité. Ne perdons point l'espérance que le nombre de ces sages conducteurs des nations se multipliera chaque jour ; et en attendant, que chacun de nous travaille, dans sa sphère, à amener ces temps si heureux.

C'est principalement dans la vue de faire goûter cet ouvrage à ceux à qui il importe le plus qu'il soit lu et goûté, que j'ai quelquefois joint des exemples aux maximes ; et j'ai été confirmé dans mon idée par l'approbation d'un de ces ministres, amis éclairés du genre humain, et qui seuls devraient entrer dans le conseil des rois... » (1).

Puis au cours de l'ouvrage :

« Nos maximes vont paraître bien étranges à la politique des cabinets, et le malheur du genre humain est tel, que plusieurs de ces raffinés conducteurs des peuples tourneront en ridicule la doctrine de ce chapitre. N'importe, proposons hardiment ce que la loi naturelle prescrit aux Nations... Se flatter que des hommes, et surtout des hommes puissants, voudront suivre la rigueur des lois naturelles, ce serait s'abuser grossièrement ; perdre tout espoir de faire impression sur quelques-uns d'entre eux, c'est désespérer du genre humain » (2).

Enfin dans sa conclusion :

« Me voici enfin parvenu au bout de la carrière que je m'étais proposée. Je ne me flatte point d'avoir donné un traité complet et

(1) *Préface* de Vattel, p. 67 et suiv. Voy. également la profession de foi qui termine sa préface, *supra* p. 503.

(2) Liv. II, chap 1°, § 1° (tome I, p. 590 et 592).

parfaitement rempli du droit des gens : ce n'a pas été mon dessein et c'eût été trop présumer de mes forces dans une matière si vaste et si riche. Ce sera beaucoup pour moi, si mes principes sont trouvés solides, lumineux, et suffisants aux personnes intelligentes, pour donner la solution des questions de détails dans les cas particuliers. Heureux si mon travail peut être de quelque utilité aux gens en place qui aiment le genre humain et qui respectent la justice ; s'il leur fournit des armes pour défendre le bon droit, et pour forcer au moins les injustes à garder quelque mesure, à se tenir dans les bornes de la décence. » (1)

Si l'on rapproche de ces déclarations les traits essentiels qui ressortent de sa biographie, on se rend compte aisément du caractère de Vattel et du but de son œuvre. On voit en lui un homme du monde, d'esprit cultivé, de cœur généreux, qui, malgré ses fonctions officielles, d'ailleurs peu assujettisantes, au service de la Saxe Electorale, est resté citoyen Suisse et libre ; il a pu, au cours de sa carrière, être à même d'apprécier quelle iniquité et quelle brutalité dominaient la politique des gouvernements de son temps ; il sait que la seule loi qui guide ceux-ci est l'intérêt égoïste de chacun et il n'espère guère le voir disparaître des relations internationales. Il veut tenter cependant d'y rétablir plus de justice et plus d'humanité et il compte y parvenir en introduisant au sein des cours Européennes et dans le monde diplomatique la connaissance et le goût du droit des gens. « Le droit des gens est la loi des souverains. C'est pour eux principalement, et pour leurs ministres qu'ont doit l'écrire ». C'est bien à eux surtout que s'adresse Vattel ; son livre n'est ni un ouvrage de doctrine comme celui de Pufendorf ou de Wolff, ni une œuvre de polémique comme celle de Selden ou de Bynkershock ; il est un manuel de politique, une encyclopédie pratique et positive à l'usage des hommes publics et à ce point de vue (mais à ce point de vue seulement), on peut le comparer au *De jure belli* : il eut, un siècle plus tard, la même utilité pour les gouvernants et les diplo-

(1) Liv. IV, chap. IX, § 127, (tome III, p. 329).

mates (1). Cet aspect particulier du *Droit des gens* de Vattel est d'une importance primordiale quand on cherche à en donner une appréciation; il explique, s'il ne justifie pas toujours, ses défauts comme ses qualités.

Il est un second élément cependant dont il faut encore tenir compte, c'est la source à laquelle Vattel a puisé ses matériaux. Son œuvre n'étant pas une œuvre de doctrine mais un manuel de politique, ne s'adressant pas à des disciples ou à des hommes de science mais à des praticiens et à des gens du monde, il n'était pas indispensable que Vattel eut un système à lui et un enseignement propre ; il lui suffisait de souscrire aux principes posés par autrui et d'en adopter même les solutions positives sauf à les rectifier dans ce qu'elles pouvaient avoir de contraire au but, en quelque sorte moralisateur, qu'il poursuivait. Mais il fallait au moins qu'il présentât ces principes sous une forme attrayante pour les lecteurs auxquels il s'adressait, il fallait aussi que ces solutions fussent exposées dans un ordre qui en permit aisément la recherche afin qu'à l'occasion de chacun des problèmes particuliers qu'elles résolvaient, hommes d'Etat et diplomates possédassent sous la main le *vade-mecum* qui devait les guider ; ainsi, à côté d'une appropriation plus ou moins complète des idées d'un autre, Vattel a dû faire preuve d'une initiative personnelle qui a porté, en particulier, sur la forme et sur l'exposition.

Le choix de l'auteur à suivre était, par ailleurs, des plus délicats : il fallait que sa conception du droit des gens et sa doctrine fussent vraiment susceptibles d'atteindre la fin à laquelle elles étaient destinées. Aussi est-ce en se plaçant à ce point de vue, que Vattel repoussant les systèmes de Grotius, de Hobbes, de Pufendorf et de Barbeyrac en vint, par élimination, à se placer sous l'égide et sous la direction de Wolff. Qu'il procède très directement de celui-ci c'est ce

(1) Sur l'importance que Vattel attache aux qualités personnelles du souverain, voy. liv. I, § 39, 116 et 121, et *suprà*, p. 513.

dont il nous avertit lui-même dès sa préface et une fois pour toutes, dit-il, il reconnaît les obligations qu'il a vis-à-vis de ce grand maître (1). Il n'eut, il est vrai, aucune loyauté à le faire ; car sa filiation se manifeste à chaque page et dans chaque idée, elle a été relevée par tous les historiens du droit des gens et certains ont même pris le soin d'établir un tableau de concordance entre les chapitres des deux auteurs (2). Cette empreinte, que Kalhenborn a qualifiés de *wolffianisch* (3), est prépondérante dans le *Droit des gens* ; il ne faudrait cependant pas aller jusqu'à dire, ainsi qu'on l'a fait parfois, qu'il n'est qu'une reproduction plus élégante et plus légère, une paraphrase de l'œuvre de Wolff : ce sont réellement, comme l'annonce Vattel, deux ouvrages différents dont on peut très bien marquer les dissemblances.

Le principal emprunt que Vattel fit à Wolff a porté sur sa conception nouvelle du droit des gens ; cette conception se caractérise à trois points de vue : elle fait du droit des gens une discipline particulière, tout à fait indépendante des autres branches du droit naturel ; elle y reconnaît et y distingue, à côté d'un élément philosophique, un élément positif ; enfin elle comprend l'étude non seulement des rapports internationaux mais encore de matières du droit public proprement dit.

Vattel ne méconnaît pas l'existence d'un droit des gens naturel, il proteste même contre ceux qui restreignent le droit des gens aux bornes étroites des usages reçus entre nations et devenus obligatoires pour elles par l'effet de leur consentement. Le droit des gens n'est autre chose, dans son origine, que le droit naturel appliqué aux nations, mais ce droit des gens naturel n'est pas uniquement ce que la loi

(1) T. I, p. 56.

(2) Voy. Ompteda, *Litteratur des Völkerrechts*, t. I, § 345 ; Wheaton, *Histoire des progrès du droit des gens*, 3e édit, t. I, p. 238. Ce tableau est reproduit dans l'édition Pradier-Fodéré de 1863, t. I, p. 56, n. 1.

(3) Kaltenborn, *Kritik des Völkerrechts*, p. 80.

de nature prescrit aux individus ; concernant les nations il change d'objet et doit donc se modifier suivant les nécessités de son application nouvelle. Aussi Vattel repousse-t-il l'opinion de Grotius, de Hobbes, de Pufendorf parce-qu'ils confondent, plus ou moins complètement, le droit des gens avec le droit naturel proprement dit et il adopte celle de Wolff qui, le premier, a distingué ces deux sciences d'une façon nette et précise. Sans doute le droit des gens peut encore être considéré comme une partie du droit de la nature et des gens, mais il doit l'être comme une partie spéciale et indépendante, séparée de cette autre partie de la jurisprudence naturelle qui enseigne ses devoirs à l'individu (1). C'est certainement là un progrès que Wolff a fait réaliser au droit des gens et que Vattel a consacré; il consiste en une réaction heureuse contre l'unification philosophique de Pufendorf, intransigeante et absolue; mais si on y regarde de près on s'aperçoit aisément que ce progrès n'est en somme qu'un retour à la doctrine de Grotius qui, sans en faire l'observation expresse, avait déjà sensiblement modifié le droit naturel dans son application aux rapports entre nations (2).

Sa tradition Grotienne est d'ailleurs plus manifeste encore en ce qui concerne la part qui doit être faite au droit des gens naturel ainsi entendu. Wolff écrivait déjà : « Telle est la condition de l'humanité, que le strict droit naturel ne peut pas toujours être appliqué au gouvernement d'une société séparée, mais qu'il devient nécessaire d'avoir recours

(1) La préface de Vattel est presqu'entièrement consacrée au développement de cette idée ; mais il y revient plusieurs fois au cours de l'ouvrage, voy. en particulier *Prélimin.* § 6. Wolff avait exposé la même idée, en termes presque identiques dans la préface de son *Jus naturæ*. Wheaton *op. cit.* p. 228 et 236.

Sir J. Mackintosh prétend que cette idée est plus spécieuse que concluante. Voy. *son discours sur l'étude du droit de la nature et des gens*, édit. Pradier-Fodéré, t. III, p. 351 et la note.

(2) Voy. en particulier *De jure belli.* Discours prélim. § 41.

aux lois d'institution positive, plus ou moins différentes du droit naturel. De même dans la grande société des nations il devient nécessaire d'établir une loi d'institution positive, plus ou moins différente du droit naturel des gens. » (1) Vattel limite de la même manière l'application du droit de la nature aux rapports entre nations et, après avoir consacré cette application sous le nom de *droit des gens nécessaire*, il admet l'existence de lois positives qui, dans leur ensemble forment le *droit des gens positif ;* ces lois positives procèdent toutes de la volonté de nations, mais suivant la manière dont celle-ci se manifeste, on les distingue en droit des gens *volontaire*, *conventionnel* et *coutumier* (2). Nous verrons plus loin comment Vattel tente de concilier deux catégories de règles d'origine aussi différente, il nous suffit de faire remarquer dès maintenant qu'il reproduit, au fond, la distinction établie par Grotius entre le droit des gens naturel ou immuable et le droit des gens positif ou arbitraire ; il se trouve de nouveau en très juste contradiction avec Pufendorf qui ne voyait la réalisation d'un ordre international que dans l'application du droit naturel aux nations et ne reconnaissait aucune valeur juridique à l'élément positif et volontaire, mais en somme il n'est, là encore, qu'un continuateur de Grotius.

Dernier aspect de cette conception du droit des gens : elle est considérablement plus large et compréhensive que ce que l'on entend de nos jours par la même expression et le droit international public proprement dit n'y tient qu'une place assez réduite. Bien que Vattel se défende de toucher au droit public et prétende s'en tenir aux principes généraux nécessaires pour trancher les difficultés qui peuvent s'élever entre nations (3), il consacre une partie importante de son ouvrage à des matières qui ne se rapportent nulle-

(1) *Jus naturæ*, préface.

(2) On peut remarquer que Vattel a, mieux que Wolff, distingué le droit coutumier du droit résultant d'un traité.

(3) Liv. I, § 3, voy. de même liv. I, chap. IV, § 38.

ment au droit international ; comme le premier livre de Wolff, *De officiis gentium erga se ipsa ac inde nascentibus juribus*, son premier livre, *De la nation considérée en elle-même*, contient surtout des théories de droit politique et de droit criminel et traite de diverses questions d'économie sociale, de droit commercial et de droit civil (1). L'extension ainsi donnée au droit des gens tendait à le rapprocher du *jus gentium* des jurisconsultes Romains, bien que par ailleurs il en fut tout à fait différent. Elle était traditionnelle depuis Grotius et, comme le remarque Kaltenborn (2), elle était une conséquence nécessaire de l'imperfection des principes eux-mêmes ; Pufendorf comme Wolff s'y conformèrent et Vattel paraît l'avoir accentuée jusqu'à faire de son œuvre une encyclopédie de droit public. Ce défaut cependant, qui pouvait s'expliquer pour Grotius, est moins compréhensible chez Wolff et son disciple. L'auteur du *De jure belli* par la façon dont il composa son ouvrage, ayant voulu exposer le droit de la guerre et touchant par le fait à toutes les questions que soulevait cet état juridique, avait fait de la guerre l'origine et le pivot de la science du droit des gens et par suite avait été amené à traiter non seulement des rapports internationaux, mais encore de nombreuses matières de droit public et de droit privé (3). Wolff au contraire et à sa suite Vattel essayèrent, très heureusement, de subordonner l'état de guerre à un ordre plus normal des rapports entre nations et de le réduire au rôle d'un simple processus

(1) Ce premier livre comprend près d'un tiers de l'ouvrage ; tout au plus peut-on y relever quelques chapitres intéressant les rapports internationaux (voy. les chapitres II, III, VIII, X, XX). Le livre III contient aussi des matières administratives concernant la constitution et l'organisation de l'armée (chap. II).

(2) *Op. cit.*, p. 273.

(3) Il semble que Pufendorf ait déjà réagi contre cette conception, car le droit de la guerre est très sommairement exposé au livre VIII du *Jus naturæ et gentium* (chap. VI à IX) et au livre II du *De officiis* (chap. XVI, XVII). Voy. cependant ce qu'en dit Kaltenborn, *op. cit*, p. 275.

de la vie internationale ; dans le *Droit des gens* la guerre n'occupe plus qu'un seul des quatre livres et n'y est considérée que comme un état passager qui vient troubler les rapports pacifiques des nations et auquel on doit tendre à mettre fin par le rétablissement de la paix (1). L'innovation que les deux auteurs réalisèrent ainsi dans leur systématisation constitue un progrès considérable en enlevant aux institutions du droit des gens ce caractère anormal et et en quelque sorte convulsé qu'elles avaient chez Grotius ; mais elle aurait dû logiquement les amener à une détermination plus exacte des matières que comprenait leur science et l'on est étonné de les voir, dans l'extension donnée à leurs développements, dépasser de si loin leur conception première.

Ayant si exactement adapté sa systématisation à celle de Wolff, il est naturel que Vattel n'ait fait que reproduire également la doctrine de celui-ci. C'est un fait, nous l'avons dit, qui est facile à constater et que nous avons signalé maintes fois en analysant le *Droit des gens* ; Vattel lui-même reconnaît que s'il eut voulu marquer partout ce qu'il empruntait au philosophe de Hall, ses pages se seraient trouvées « chargées de citations » et les points qu'il indique comme contenant des solutions différentes sont en somme vraiment les seuls que l'on puisse relever. Sans doute il n'a pas étudié dans son ouvrage la philosophie du droit naturel proprement dit et n'a pas reproduit ce premier stade où Wolff recherchait comment de la nature humaine, envisagée d'une manière abstraite et indépendamment de tout lien social, se déduit une série d'obligations et de droits, il suppose le second stade atteint et la société constituée, mais il ne faut pas voir là une divergence d'idées, ce n'est en réalité qu'un artifice de composition destiné à réduire les dimensions de l'ouvrage ; Vattel nous dit lui-même, en effet, qu'il suppose à son lecteur une connaissance préalable du

(1) Voy. liv. III, chap. III, et livre IV, chap. I.

droit naturel ordinaire et celui-ci, tel que Wolff l'a exposé, reste la base de toute sa doctrine (1). Les caractères essentiels de ce droit naturel y sont même très nets : d'une part il apparaît, dicté directement par la raison, comme une science indépendante, distincte et de la théologie et du droit Romain ; d'autre part il comprend les deux hypothèses classiques d'un état de nature dans lequel naît l'homme et d'un contrat social par lequel les membres d'une société se sont dépouillés d'une partie de leurs droits pour les remettre à une autorité supérieure (2).

Les véritables divergences de fond qui séparent les deux auteurs, très peu nombreuses, sont aussi peu importantes; elles portent sur des points de détail comme la notion des royaumes patrimoniaux, ou l'emploi, en temps de guerre, d'armes empoisonnées. Une seule présente vraiment quelque intérêt : celle qui concerne la *Civitas gentium maxima*, espèce de grande république des nations, instituée par la nature, dont Wolff reconnaissait l'existence à la base du droit des gens volontaire. L'idée de la société ou communauté comme fondement juridique du droit des

(1) Voy. sa préface, p. 66. Il importe de remarquer d'ailleurs que, si le *Droit des gens* ne contient sur le droit naturel pur que des rappels de principes, Vattel en a d'autre part étudié le fondement dans deux opuscules spéciaux. Voy. *suprà*, p. 490 et suiv.

(2) Voy. *Essai sur le fondement du droit naturel*, § 25 ; *Droit des gens, préf.* p. 58 ; *Prélim.*, § 4 ; liv. I, chap. I, § 2 ; chap. IV, § 38.

Vattel a même poussé très loin les conséquences de ces deux hypothèses. Ainsi, comme Locke qui lui est antérieur et comme Rousseau qui lui est postérieur, il admet que chaque homme, arrivé à l'âge adulte, doit adhérer au moins tacitement au contrat social, sinon il reste dans l'état de nature; mais il va plus loin qu'eux lorsqu'il tire de cette idée la conséquence que l'adulte peut formellement refuser d'adhérer au contrat social et cesser, en quittant sa patrie, d'être membre de la Nation à laquelle appartient ou avait appartenu son père (liv. I, chap. XIX, § 220). Voy. sur ce point Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, 3e édit., pp. 167 et 177, n. 1.

gens avait été déjà entrevue par Suarez au XVIe siècle et reprise par Grotius. Wolff la précisa et l'éleva jusqu'à la notion de sa *Civitas maxima*, véritable Etat ou cité de nations. Il y attribue à l'ensemble des nations un droit d'empire sur chacune d'elles prise individuellement et de cette organisation il fait découler les règles du droit des gens (1). Les nations cependant se trouvant originairement dans un état de liberté absolue, la *Civitas maxima* ne peut être qu'une république, établie par la nature mais fondée sur le consentement présumé de ses membres : elle a ses propres lois comme toute société séparée, mais de même que celle-ci est gouvernée par des lois adoptées de son libre consentement, de même la société générale des nations est gouvernée par des lois adoptées par le libre consentement de chaque membre en y entrant. Ces lois constituent le droit des gens *volontaire* qui est donc une loi imposée par la nature aux hommes comme une conséquence nécessaire de leur union sociale ; ce droit diffère du droit *naturel* en ce qu'il procède du consentement présumé des nations ; du droit *conventionnel* en ce qu'il ne résulte d'aucun traité, du droit *coutumier* en ce qu'il est obligatoire pour toutes les nations (2).

Cette fiction doctrinale fut concrétisée par plusieurs auteurs qui proposèrent l'établissement d'une république universelle (3). Sans participer, comme celui-ci, au défaut d'une irréalisation pratique, la *civitas* de Wolff se heurte à des objections théoriques décisives : il ne faut sans doute pas s'arrêter à celle qui lui oppose son étendue d'application car l'expression de société *universelle* ne saurait évi-

(1) Voy. *Institutiones*, § 1 090 ; *Jus gentium*, prol., §§ 9 et 10.

(2) *Jus gentium*, prol., sect. III et V.

(3) Le plus célèbre de ces projets fut celui de l'abbé de Saint-Pierre, *Projet de paix perpétuelle* (1713) instituant une république Européenne de 19 Etats unis entre eux pour une alliance perpétuelle et soumis à l'autorité d'un tribunal arbitral permanent.

demment pas être prise à la lettre (1) ; par contre l'admission d'une république des nations, même à titre de fiction théorique, est incompatible avec l'une des conditions essentielles de l'ordre international et du droit des gens, savoir l'indépendance de chaque Etat (2).

Vattel a parfaitement discerné cette antinomie : « Il est, dit-il, de l'essence de toute société civile que chaque membre ait cédé une partie de ses droits au corps de la société et qu'il y ait une autorité capable de commander à tous les membres, de leur donner des lois, de contraindre ceux qui refuseraient d'obéir. On ne peut rien concevoir ni rien supposer de semblable entre les nations. Chaque Etat souverain se prétend, et est effectivement indépendant de tous les autres. » (3) On doit donc le louer d'avoir repoussé l'idée d'une *Civitas maxima*. Mais sa doctrine ne fournit malheureusement rien de plus satisfaisant à la place. D'une part, en effet, comme il adopte l'expression et la notion du droit des gens *volontaire* tel que Wolff le définit, il ne lui est plus possible ni de trouver à ce droit un fondement juridique ni de le concilier avec la rigidité du droit des gens *nécessaire ;* il présente ce droit volontaire comme une loi positive, déduite du consentement présumé ou tacite des nations de se considérer les unes et les autres comme étant parfaitement libres, indépendantes et égales, chacune étant l'arbitre de ses propres actions et il en arrive à établir une distinction assez subtile et confuse entre ce qu'il appelle le droit *interne* et le droit *externe* (4), invalidant les actes commis en contravention avec le droit des gens nécessaire

(1) Voy. la note du baron Chambrier d'Oleires sous la préface de Vattel, p. 63.

(2) Voy. Pillet. *Recherches sur les droits fondamentaux des Etats*, p. 33.

(3) *Préface*, p. 58.

(4) L'expression de droit *interne* est donc prise ici dans une autre acception que chez Grotius qui désignait parfois ainsi le droit des gens naturel.

suivant la loi interne, ou dans le for de la conscience, en même temps qu'il les reconnaît comme valides suivant la loi externe ou le droit des gens volontaire (1). D'autre part, comme il admet l'existence d'une société des nations, en ce sens qu'il reconnaît (très justement quoique d'une manière indécise) la nécessité d'une communion des peuples, et comme il établit même un ordre dans cette société sous l'aspect d'un équilibre politique (2), il aboutit finalement à un système qui diffère de la *Civitas maxima* de Wolff plutôt par un degré moindre d'intensité que dans l'essence même.

On ne saurait donc pas dire que Vattel se soit séparé d'une manière sensible de son maître ni en ce qui concerne la systématisation du droit des gens, ni en ce qui concerne le fond de la doctrine. Nous allons voir qu'il faut lui reconnaître au contraire une très réelle originalité quant aux qualités de forme de son ouvrage.

Pour se servir d'une manière utile des éléments que lui fournissait Wolff, il était nécessaire que Vattel leur fît subir une triple transformation. S'adressant à un public spécial de gens du monde et de diplomates, il fallait d'abord et surtout qu'il adoptât un style qui leur fut familier et une disposition des matières qui leur permit une lecture facile ; or, l'ouvrage de Wolff écrit à la manière d'un livre de géométrie ne pouvait répondre à ces besoins (3). En second lieu, cherchant à influer sur la direction de la politique contemporaine, il devait abandonner la méthode mathématique et déductive employée par son maître et adopter une discipline plus positive et historique. Enfin, visant à introduire dans les

(1) *Préface*, p. 64 et 65 ; *Prélim.* §§ 9 et 28 ; voy. l'application de cette distinction concernant la guerre, liv. III, chap. XII, § 189.

(2) *Préface*, p. 59 ; *Prélim.* § 11 et suiv. ; liv. III, chap. III, § 47 et suiv.

(3) Malby, comparant Wolff à Grotius et Pufendorf, écrivait : « Wolff a presque toutes les erreurs de ces deux savants et son ouvrage fatiguant, que personne n'a la patience de lire, n'a pu ni instruire ni tromper personne. » (*Droits et devoirs du citoyen*, Lettre I, p. 20).

rapports internationaux plus de justice et d'humanité, il était indiqué qu'il fit appel à un esprit plus libéral et plus généreux que celui qui inspirait la philosophie rigide de Wolff.

Aussi bien est-ce à ce triple objet que tendirent les efforts de notre auteur.

Son style est surtout remarquable par son élégance et sa clarté : la phrase est généralement courte, vive et très bien charpentée, on y saisit de suite l'idée exprimée et le plus souvent on ne saurait mieux faire, pour la traduire, que de reproduire le texte lui-même. On est également frappé par la richesse d'expressions que déploie Vattel ; peut-être pourrait-on même lui reprocher, au détriment de la netteté de la pensée, une certaine prolixité grâce à laquelle on peut retrouver dans une seule ligne tout le développement d'un paragraphe. Les innovations par contre ont été moins heureuses en ce qui concerne le plan suivant lequel il a disposé ses matières. Celui de Wolff sans doute était établi comme pour un ouvrage de science abstraite, mais s'il participait de la rigidité d'un raisonnement philosophique, du moins bénéficiait-il aussi de sa logique : sinon de manière expresse du moins implicitement Wolff avait adopté, rappelant l'ordonnance romaine en matière de droit privé, la division en droit des gens matériel et droit des gens formel. Vattel a voulu s'écarter d'une rigueur aussi scientifique ; se plaçant à un point de vue plutôt social, il nous montre dans les deux premiers livres la Nation considérée en elle-même et dans ses rapports avec les autres, puis après avoir envisagé dans le troisième l'état anormal de la guerre, il termine son ouvrage par l'étude des moyens et des agents qui concourent au rétablissement de la paix. Cette ordonnance était plus vraie et plus humaine que celle de Wolff, elle était aussi moins nette et elle amena souvent Vattel soit à

(1) Pour n'en rappeler qu'un exemple, le droit au commerce extérieur est traité, presqu'en termes identiques, au chapitre VIII du livre I et au chapitre II du livre II.

une dispersion des matières soit à des répétitions (1) : pour éviter le reproche de fournir une œuvre compacte et indigeste il est tombé, à l'inverse, dans le défaut de l'inconsistance.

Il faut louer Vattel de son désir de présenter le système wolffien sous un aspect plus historique (1), c'était lui donner plus de vie en même temps que plus de vérité et le rendre plus attrayant comme plus utile. Malheureusement on ne peut pas dire qu'il ait pleinement atteint son but. Il a eu le mérite de choisir ses exemples dans les événements de l'histoire moderne sans reproduire ceux que Grotius, Pufendorf et leurs commentateurs avaient accumulés, il a su également les interpréter correctement ; mais il les a très inégalement répartis dans les quatre livres de son ouvrage et certains des chapitres, notamment dans la première partie, malgré leur importance ne sont appuyés sur aucun fait. Là cependant n'est pas son plus gros défaut ; il a eu surtout le tort de ne pas tirer parti, comme il aurait dû, des matériaux positifs ainsi rassemblés. Il n'a pas su concilier et fondre en un ensemble harmonieux et équilibré les faits positifs de la vie internationale et les formules théoriques de la philosophie de Wolff : ces deux éléments sont restés dissociés et l'un d'eux en réalité a éclipsé l'autre. C'est pourquoi comme le dit Kaltenborn (2), on peut prétendre, sous une forme paradoxale, que l'œuvre de Vattel, comme celle de Wolff, est une philosophie du droit des gens quoiqu'en un certain point elle soit positive et pratique, car elle n'est en réalité ni philosophique ni pratique puisqu'elle ne veut pas être philosophique et qu'elle exprime cependant très fortement une tendance à l'abstraction. Les rapports du droit des gens dans leur essence positive n'y sont sans doute pas tout à fait méconnus ; mais ils y apparaissent

(1) *Préface*, p. 68. Il est à présumer que le ministre, « ami éclairé du genre humain », qui l'approuva dans cette voie, fut le comte de Brühl, premier ministre de l'Electeur de Saxe, dont il était le protégé.

(2) *Op. cit.*, p. 84.

sans intensité et sans fraîcheur de vie : ils étaient étriqués sous l'action de la méthode de Wolff qui les reflétait comme un miroir absorbant sous l'aspect de squelettes desséchés, ils sont distillés par l'adaptation de Vattel comme une eau minérale pleine de force qui, passant à travers un filtre, ressort limpide mais sans saveur.

La cause de cette erreur est facile à découvrir ; elle réside dans l'impuissance de Vattel à se libérer, dans le sens qu'il visait, de l'empreinte philosophique de son maître. Il n'a pas donné à l'élément historique la place qu'il prétendait lui réserver parce que, dans sa conception hétérogène du droit des gens, sa bonne résolution a échoué devant l'imperfection avec laquelle il a distingué le droit nécessaire dicté par la loi naturelle, du droit positif résultant de la volonté des Nations (1). De ces deux derniers, en réalité, le premier l'a emporté sur le second et le droit des gens n'est au fond, pour notre auteur, que ce qu'énonce le titre de son ouvrage : le droit naturel appliqué aux Nations. Le droit positif n'est pas, comme il devrait l'être, le fondement sur lequel s'élève la théorie, la source dont elle découle ; il n'est qu'une glose sèche qui vient seulement appuyer d'une preuve complémentaire et palpable les formules abstraites énoncées *a priori*. De cette application défectueuse d'une méthode largement conçue, dérivent les défauts les plus notoires du *Droit des gens*. N'ayant pas, ne voulant pas avoir un caractère purement scientifique et reproduisant cependant les données d'une philosophie pure, il manque à sa base de définitions claires (2) et de principes solides (3) ;

(1) Voy. *Suprà* p. 591.

(2) Sa définition du droit des gens elle-même reste obscure parce que, voulant comprendre dans une même formule le droit des gens positif et le droit des gens naturel, elle manque de précision (*Prélim.*, § 3). Il en est de même des définitions de l'Etat (*Prélim.*, § 1), de la constitution de l'Etat, (Liv. I, § 27), de la loi (Liv. I, § 29), de la neutralité (Liv. III, § 103), etc.

(3) Sur ce point voy. F. de Martens, *Traité de droit international*, t. I, p. 211.

destiné à servir aux recherches positives de diplomates et leur fournissant dans ce but les abstractions philosophiques de Wolff, il est dépourvu de la déduction logique de celui-ci sans qu'on y trouve à son défaut la vie et la vérité historique ; c'est un schéma, ce n'est pas un système.

Ce n'est que dans le troisième sens de ses innovations que Vattel a vraiment réussi : le souffle dont il a animé son œuvre était assez large et généreux pour réveiller les sentiments de justice et d'humanité des gouvernements européens figés dans leur cupidité et leur égoïsme ; et pourtant on sent encore qu'il eut à lutter contre les idées de son temps et contre l'empreinte de la philosophe wolfienne qui enserraient ses tendances libérales et qui en ont restreint la portée.

Ses efforts dans ce sens se manifestent déjà lorsque, dans la constitution de la Nation, il affirme la prédominance de l'intérêt général et s'efforce d'en dégager les conséquences (1). Quoiqu'adoptant, nous l'avons vu, la théorie du contrat social il s'est contenté d'en admettre l'existence à l'origine de la société, sans chercher comme Rousseau à y voir la source de la souveraineté nationale. Pour lui, celle-ci est fondée sur ce fait, qu'il admet comme un axiome, que « le gouvernement n'est établi que pour la Nation, en vue de son salut et de son bonheur, pour le bien commun de tous les citoyens » (2) ; par suite, ce qui est établi dans l'intérêt de tous doit être décidé par tous, sauf à se conformer, en vue d'une réalisation pratique, à la loi de la majorité. Ce dogme de la souveraineté nationale, nettement posé par Vattel, est un des traits qui ont amené certains de ses commentateurs à voir en lui un des précurseurs les plus décidés de la Révolution Française (3). On doit le louer en

(1) Voy. ce principe au liv. I, §§ 13 et 72, et des applications de ce principe concernant le prétendu droit de propriété du prince sur l'Etat, liv. I, § 61 et 68.

(2) Liv. I, §§ 32 et 39. Voy. Esmein, *op. cit.*, p. 179.

(3) Voy. en particulier l'avant-propos de M. Pradier-Fodéré, p. XVII, et sa note, p. 183.

effet de s'être dégagé si fortement des idées théocratiques de son temps, surtout si l'on se rappelle qu'il fut toute sa vie au service d'un souverain absolu et il faut reconnaître qu'il marque dans le sens démocratique et libéral un progrès considérable sur ses prédécesseurs. Comme Grotius, Pufendorf et Wolff, sans doute, il se rallie à la forme monarchique comme étant « la meilleure sorte de gouvernement », bien qu'il n'admette qu'une monarchie limitée et non absolue (1). Mais ceux-là avaient cherché à concilier cette forme de gouvernement avec le principe de la souveraineté nationale en soutenant que le peuple, titulaire originel et nécessaire de la souveraineté, l'avait valablement aliéné à un roi et à ses descendants (2) ; Vattel au contraire, déclare que la souveraineté est inaliénable de sa nature et que « si la Nation confie l'autorité publique à un prince, même avec pouvoir de la transmettre en d'autres mains, ce ne peut jamais être, à moins d'un consentement exprès et unanime des citoyens, avec le droit de l'aliéner véritablement ou d'assujettir l'Etat à un autre corps politique » (3). C'est dire, en somme, que la Nation n'a pas aliéné sa souveraineté entre les mains du prince ; la délégation qu'elle en donne à celui-ci n'est faite qu'en vue du salut commun et de l'intérêt général.

Il importe cependant de remarquer que Vattel n'a pu complètement effacer l'empreinte des préjugés traditionnalistes ; il ne parvient pas à dégager entièrement le dogme de la souveraineté du peuple et, identifiant encore la per-

(1) *Liv.* I, § 3, p. 121, note de Vattel.

(2) Grotius, *De jure belli, lib.* I, *cap.* III, § 8 ; Wolff, *Jus naturæ*, t. VIII, § 33.

Voy. Esmein, *op. cit.*, p. 189.

(3) Liv. I, chap. v, § 69.

C'est en vertu de la même idée que Vattel réserve à la Nation le droit de régler elle-même la succession au trône ou de changer l'ordre de cette succession lorsqu'il émane d'une autre source que de la volonté populaire (liv. I, §§ 58 et 61) *supra*, p. 515.

sonne du prince avec l'Etat lui-même, il qualifie de souveraine l'autorité publique investie de la délégation nationale (1) ; il met le prince au-dessus des lois après avoir posé en principe qu'il devait rester soumis à leur observation, il va même jusqu'à reconnaître aux pouvoirs du prince une essence divine alors que, dans le même chapitre, il rappelle que ses droits ne sauraient être autres que ceux que la Nation lui a donnés (2). Il s'est aperçu lui-même de cette antinomie constante et il a essayé parfois de la tempérer jusqu'à aboutir à des contradictions profondes qui donnent à son œuvre ce caractère de confusion qu'on lui a souvent reproché (3). Il était réservé à d'autres de faire produire au principe de la souveraineté nationale toutes ses conséquences positives et si l'on veut rattacher Vattel à la Révolution française il ne faut le considérer que comme un précurseur, sans doute hardi, mais encore éloigné.

Les mêmes contradictions se retrouvent, en ce qui concerne les rapports des nations entre elles, entre deux principes, celui de la liberté des nations que Vattel pose très nettement dès ses préliminaires et celui de leur perfectionnement réciproque que Vattel emprunte à Wolff et qui se déduit logiquement de la félicité que la loi naturelle commande à chacun de réaliser. Ce dernier principe le conduit à placer au premier rang des devoirs réciproques des Etats, certains offices d'humanité tels que l'obligation, pour chaque Nation, de défendre un voisin injustement attaqué par un ennemi puissant ou celle de prendre soin de la gloire des autres et de les mettre à même d'en acquérir (4). Puis, en présence des excès auxquels peut aboutir cet altruisme wolfien (5) et pour respecter le principe de la liberté des

(1) Voy. notamment liv. I, § 1 et § 38.

(2) Liv. I, §§ 139 et 132.

(3) Voy. notamment en ce qui concerne la soumission du prince aux lois, liv. I, § 49 et *supra* p. 512.

(4) Liv. II, § 4, 14 et 16. *Supra*, p. 540.

(5) C'est cet altruisme qui conduit Vattel à justifier tant d'excep-

nations, Vattel limite les obligations qu'il impose à celles-ci par un tempérament général qui se déduit de la distinction entre les droits parfaits et droits imparfaits ; chaque nation a le droit de demander aux autres l'accomplissement de ces offices d'humanité, mais ce n'est qu'un droit imparfait et celles auxquelles elle s'adresse sont libres d'apprécier si les circonstances leur permettent de rendre le service demandé, sans que leur refus puisse être considéré comme une injure (1). Ainsi pris entre deux principes contradictoires, parce qu'ils proviennent de sources opposées, Vattel est amené à une distinction qui maintient sans doute dans son intégrité le libre arbitre de chaque nation mais qui enlève tout caractère obligatoire à leurs devoirs réciproques : les prescriptions de Vattel n'ont plus qu'une valeur morale et c'est bien la conclusion à laquelle il aboutit lui-même lorsqu'il constate qu'il est impossible que les nations s'acquittent de leurs devoirs les unes envers les autres si elles ne s'aiment pas (2).

La nature généreuse de Vattel trouve au contraire tout son essor dans le droit de la guerre ; elle se trouve ici d'accord avec la philosophie de Wolff fondée sur le principe que les nations doivent se faire dans la paix le plus de bien et dans la guerre le moins de mal possible. Il a même accentué encore les tendances philanthropiques de son maître : il affirme mieux que la guerre ne doit être qu'un moyen extrême auquel on recourt lorsque tous les autres ont échoué, il montre plus d'humanité dans la détermination des moyens et des armes à employer pendant les hostilités,

tions au principe de non intervention que ce principe en est presque détruit. V. *Supra*, p. 545.

(1) Liv. II, §§ 9 et 10.

(2) Liv. II, § 11.

La même distinction entre droits parfaits et imparfaits intervient encore dans son droit de la neutralité, sous l'aspect d'une loi de nécessité que neutres et combattants invoquent alternativement pour violer leurs devoirs réciproques. V. *supra*, p. 567 et s.

surtout il réduit plus délibérément l'état de guerre au rôle d'une crise entre nations, anormale et à laquelle il faut tendre de mettre fin (1).

Telle qu'elle se présente, l'œuvre de Vattel ne devait pas donner naissance à une nouvelle école, car son plus grand défaut est de n'avoir provoqué aucun progrès scientifique (2); sa doctrine dans le fond est la même que celle de Wolff et les innovations qu'il a voulu apporter sont, nous l'avons vu, plutôt malheureuses quand elles ne sont pas insignifiantes. Aussi parmi les auteurs de la même école qui suivirent, voit-on surtout des disciples de Wolff; ceux qui se rapprochent de Vattel et qu'on a voulu présenter comme dérivant de lui, appartiennent presque tous déjà à l'école historique proprement dite (3). Cependant si Vattel n'a pas été un chef d'école, on doit reconnaître qu'il a marqué une tendance vers des recherches positives et qu'il a fortement contribué à cette orientation du droit des gens qui a abouti à Moser et de Martens.

Malgré ses nombreux défauts et ses grandes lacunes, le *Droit des gens* a pu prétendre, par ailleurs, être d'une utilité réelle dans la pratique du droit international et il a en effet exercé à ce point de vue une influence considérable dès qu'il parut et jusqu'au milieu du XIXe siècle. Kaltenborn explique comment les goûts du public, au XVIIIe siècle, devaient s'accommoder d'une œuvre où l'esprit de la philosophie de

(1) Liv. II, § 354, liv. III, chap. VIII, et *supra*, p. 587.

(2) Voy. *supra*, p. 595.

(3) C'est le cas, en particulier, pour Gaspard de Réal (1682-1752) que Kaltenborn (*op. cit.*, p. 88) prétend rattacher à Vattel, bien qu'il lui soit plutôt antérieur. De la Maillardière, qui publia son *Précis du droit des gens* en 1775, est un disciple de Wolff et non de Vattel, quoique prétende encore Kaltenborn (*op. cit.*, p. 89). Un seul auteur procède vraiment de Vattel ; c'est le baron Jacques-Frédéric de Bielfeld (1717-1770) qui publia ses *Institutions politiques* en 1760-67; mais d'après Kaltenborn lui-même « la doctrine du droit des gens y est aplatie et délayée jusqu'à n'être plus qu'un ensemble de spirituelles considérations politiques » (*op. et loc. cit.*)

Wolff se trouvait simplement réfléchi d'une manière plate et imprécise, mais où, dans un français clair et élégant, on trouvait aisément solution à toutes les difficultés internationales. Dans un temps où les événements politiques, comme le démembrement de la Pologne, réclamaient une justification juridique, le livre de Vattel devait suffire pour satisfaire les esprits de ses contemporains imbus d'idées philosophiques et doctrinales (1). Puis l'habitude étant prise de s'en servir et de le consulter, il conserva son auréole d'autorité et, malgré son infériorité scientifique évidente il fut, pendant près d'un siècle, cité aussi fréquemment que l'œuvre de Grotius ; Pinheiro-Ferreira juge encore utile, en 1838, de l'adopter pour le mettre au courant des théories nouvelles et écrire, sous son texte, un véritable traité de droit public ; de Cussy, quelques années plus tard, se plaint que Klüber soit trop peu utilisé dans la pratique à côté de Vattel, et en 1883, parlant de ce dernier, F. de Martens peut écrire : « son ouvrage fait encore autorité actuellement parmi les diplomates » (2).

Si donc on tient compte des éléments contingents que nous avons déterminés plus haut, le but poursuivi et les sources utilisées, on peut dire que Vattel a bien rempli le rôle qu'il s'était lui-même proposé. Il ne fut sans doute pas un novateur et, malgré ses tendances positives, il est resté un disciple très fidèle de Wolff ; mais l'art avec lequel il a su présenter son œuvre était éminemment propre à le faire goûter du public lettré et des gens de cour et assura son succès. Cette vulgarisation du droit des gens dans un monde d'élite était en somme sa seule ambition ; il faut lui savoir gré de l'avoir réalisée et d'avoir accompli, dans un domaine spécial et dans un milieu restreint, l'œuvre qu'ont entreprise les philosophes du XVIIIe siècle en matière constitutionnelle et sociale.

(1) Kaltenborn, *Kritik des Völkerrechts*, p. 81 et suiv.

(2) De Cussy, *Dictionnaire du diplomate et du consul*, 1846, p. 181, n. 1 ; F. de Martens, *Traité de droit international*, t. I, p. 210.

Georges-Frédéric de Martens.

I

Georges-Frédéric de Martens (simplement Martens avant 1789) né à Hambourg, le 22 février 1756, fut nommé, en 1783, professeur à Goettingue où il avait fait ses études juridiques, et obtenu notamment le grade de docteur. Il s'était aussi formé à la pratique à Wetzlar, à Ratisbonne et à Vienne, ce qui put contribuer à donner à son esprit une tendance positiviste. L'enseignement de de Martens, qui avait surtout pour objet le droit des gens européen, eut, on peut le dire, un réel succès ; il se faisait remarquer par l'esprit de méthode et de systématisation qui avait souvent manqué jusqu'alors dans cette science. De Martens ne s'attachait pas seulement à la théorie, il cherchait encore à rendre son enseignement pratique, soumettant à ses élèves, pour recueillir leurs avis, soit des cas fictifs, soit des cas qui s'étaient effectivement présentés, ou leur faisant rédiger des projets de traités, ou même exposer oralement des sujets avec toutes les formes du cérémonial diplomatique, comme s'ils parlaient à des représentants de puissances étrangères. Si nous rappelons la manière dont de Martens donnait son enseignement, à Goettingue, c'est afin de montrer la place presque prépondérante qu'il accordait au droit des gens positif et aux pratiques des Etats.

Dans la dernière période de sa vie, de Martens abandonna le professorat, devint conseiller d'Etat du royaume de West-

phalie sous le règne de Jérôme Bonaparte, puis représentant du royaume de Hanovre près la Diète de la Confédération Germanique. Il mourut en 1822.

Il a laissé de nombreux ouvrages. Il a composé un très important *Recueil de traités* (de 1790 à 1801), continué par le *Supplément* (de 1802 à 1808), et le *Nouveau Recueil* (en 1818 et 1820). Depuis la mort de l'auteur, des suppléments ont été publiés, notamment par son neveu Ch. de Martens.

Parmi ses œuvres de doctrine, on doit citer les *Primæ lineæ juris gentium Europaearum practici* (1785), un *Programme de l'existence d'un droit des gens positif européen et de l'utilité de cette science* (en allemand, 1787), une *Esquisse du droit public des principaux Etats de l'Europe* (en allemand, non achevé, 1794), l'*Essai sur les prises* (en allemand, Versuch über Kaper, 1795), les *Causes célèbres du droit des gens modernes* (Erzählungen merkwürdiger Rechtsfälle des neueren Europaïschen Volkerrechts, 1800 et 1802), le *Cours diplomatique* ou tableau des relations extérieures des puissances de l'Europe, tant entre elles qu'avec d'autres Etats dans les diverses parties du globe (1801), Grundriss einer diplomatischen geschichte der europaïschen Staatshändel und Friedensshlüsse (1807).

Mais l'ouvrage le plus important de de Martens, celui qui est l'exposé le plus complet de sa doctrine, et dans lequel il a condensé toutes ses connaissances du droit international, est, sans contredit, son *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*. La première édition parue en 1788 fut suivie de trois autres, en 1796, en 1801, en 1820 ; dans chacune d'elles l'auteur apporte des remaniements parfois importants. Ce livre a été traduit dans presque toutes les langues, commenté par les publicistes, et estimé longtemps comme le traité le plus complet du droit des gens (1).

(1) Ce *Précis* a été commenté par Pinheiro-Ferreira, publiciste et philosophe portugais, qui adresse souvent de vives critiques à de Martens. M. Ch. Vergé en a publié, en 1864, une nouvelle édition,

C'est, en effet, dans ce *Précis* que de Martens expose avec un soin particulier ses idées, sa méthode ; il est, en somme, l'œuvre vers laquelle il a fait converger toutes les autres. C'est donc par l'étude de cet ouvrage dont nous allons présenter l'analyse, que nous pourrons le mieux connaître et juger de Martens.

II

1. — Après Grotius, qui avait distingué dans le droit international le droit naturel, c'est-à-dire l'ensemble des prescriptions que la raison révèle comme devant maintenir l'ordre juridique entre les nations, et le droit positif, deux théories extrêmes avaient eu successivement leurs défenseurs. L'école du droit naturel, dont le chef véritable fut Samuel Pufendorf, niait l'existence ou du moins la valeur juridique du droit des gens positif. L'école du droit positif, adoptant une méthode diamétralement opposée à celle de Pufendorf, alla jusqu'à prétendre que l'étude du droit positif doit être l'objet non seulement principal mais exclusif de la science du droit des gens ; cette réaction s'accuse notamment dans les ouvrages de Bynkershoek et surtout de Moser.

Vient de Martens. Il repousse la doctrine de l'école du droit naturel, n'admet pas non plus les idées de Grotius, car pour lui le droit positif constitué par les traités et les usages a en lui-même sa valeur juridique et sa force obligatoire. Mais il se sépare également de l'école du droit positif, puisqu'il reconnaît une loi naturelle dont il faut s'inspirer quand le premier n'édicte aucune prescription.

en l'accompagnant des notes de Pinheiro-Ferreira, et des siennes propres généralement judicieuses.

Il a donné à notre science une orientation nouvelle en attachant une plus grande importance à l'étude des faits historiques, aux lois qu'en dégage leur synthèse, à l'accord constant des Etats sur les diverses questions, à ce qu'il appelle d'un mot qu'il répète fréquemment, la pratique des nations. L'originalité de notre auteur a donc principalement consisté à introduire la méthode historique dans le droit des gens, et à indiquer la voie dans laquelle devait s'engager l'école moderne, qui, tout en se montrant assez éclectique, et en laissant une part plus ou moins large, suivant les auteurs, à la critique fondée sur la loi naturelle, dégage de l'évolution du droit international les règles qui doivent actuellement être observées par les Etats. Mais notons que, dans l'application de sa méthode, de Martens montre une tendance positiviste très nette : une règle, par cela même qu'elle est consacrée par la pratique des Etats, a généralement son adhésion.

II. — C'est dans l'*Introduction* de son *Précis du droit des gens moderne de l'Europe* que G. F. de Martens expose ce qu'il entend par loi naturelle et droit positif, quelle est leur autorité respective, quelle est leur influence réciproque. Suivons-le dans ses développements.

1° Comment une règle de droit a-t-elle pu s'établir entre les Etats ? C'était bien, en effet, la question à se poser tout d'abord pour arriver à une conception raisonnée du droit international.

De Martens compare, à ce point de vue, les Etats aux individus. Dans toute société non encore constituée en Etat, les individus sont dans un « état juridique naturel », dans lequel, « à défaut de règles positives, et à défaut d'un juge humain, chacun suit ses propres lumières ». Et cet état naturel est fatalement « un état d'incertitude et de crainte réciproques ». Pour que chaque individu soit garanti contre les violences ou les abus des autres, il faut donc qu'il y ait au-dessus d'eux un pouvoir venant limiter la liberté naturelle de chacun dans la mesure nécessaire

pour assurer la liberté de tous. Que ce pouvoir supérieur ait pris naissance par suite d'une impérieuse nécessité sociale plus particulièrement comprise par ceux qui sont devenus les gouvernants, qu'il ait été tout simplement imposé aux plus faibles par ceux qui détenaient la force matérielle, ou que, comme semble bien l'admettre de Martens, il y ait eu consentement des individus membres du groupe social, c'est-à-dire contrat social, c'est une question qui ne touche qu'indirectement à notre science ; aussi ne nous arrêterons-nous pas à réfuter sur ce point la théorie de notre auteur. Retenons seulement cette idée que l'état naturel de crainte et d'incertitude, qui existait entre les individus, cessera quand l'Etat se formera pour formuler les règles de droit et en imposer l'observation, c'est-à-dire quand les individus seront « unis sous un pouvoir législatif, exécutif et judiciaire commun et suprême ».

C'est ce pouvoir qui n'existe pas au-dessus des Etats. « L'Etat, dit, en effet, notre auteur, conserve son *rapport naturel* à l'égard de tous ceux qui n'en sont pas membres, soit Etats, peuples ou individus. La loi naturelle lui est donc applicable dans ses relations extérieures. » Les Etats seront dans l'état de nature, c'est-à-dire qu'il n'y aura pas au-dessus d'eux de pouvoir supérieur, commun et suprême, pouvant leur imposer une règle de droit. Tant qu'ils n'auront pas *consenti* à se soumettre dans leurs rapports réciproques à une règle de conduite déterminée, ils ne pourront invoquer que la loi naturelle. Telle est bien la théorie de de Martens.

Mais qu'est donc cette loi naturelle que notre auteur invoque fréquemment, qui est pour lui une notion essentielle, fondamentale ? C'est, dit-il (1), « celle qui est universelle et nécessaire, en tant que ses préceptes sont puisés dans la raison seule, qu'ils sont obligatoires pour tous les peuples et

(1) *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, édition 1864, p. Vergé, I, p. 44.

qu'il ne dépend point de leur libre arbitre de s'en écarter. » Voilà la notion assez concise, quelque peu obscure dans la dernière proposition énoncée. Il nous faut donc compléter la pensée de notre auteur, insuffisamment exprimée ici, mais qui se révèle éparse, pour ainsi dire, dans le cours de son ouvrage. De même que, pour un Etat quelconque, existe une loi naturelle (qu'on appelle aussi droit objectif) (1), qui n'est autre que l'ensemble des règles que l'étude raisonnée des faits sociaux découvre comme conforme aux véritables intérêts de la nation, à la nécessité et à l'utilité sociales, règles auxquelles le législateur est moralement tenu d'adapter le plus possible la loi positive, de même, pour les rapports des Etats, la raison découvre des règles qui apparaissent conformes aux intérêts des peuples et de la civilisation, et qui constitueront la loi naturelle, idéale que les Etats soucieux de la justice et du progrès devront chercher à consacrer dans leurs conventions ou leurs usages, mais loi non immuable parce que les faits sociaux sont en évolution constante, et peuvent, sur certains points du moins, modifier les rapports internationaux.

Pour de Martens, la loi naturelle est donc celle qui est dictée par la raison et l'utilité générale des Etats.

Le droit positif est celui qui est consenti par les Etats.

2° Quelle est la valeur juridique, la force obligatoire soit de la loi naturelle, soit du droit positif? Il n'est pas toujours sans difficulté de préciser sur ce point la pensée de notre auteur.

La loi naturelle résultant d'une appréciation de l'esprit pourra être diversement interprétée par chaque nation ; des divergences importantes seront possibles dans la conception qu'en aura chaque Etat. Elle ne peut donc constituer des obligations susceptibles d'être ramenées à exécution au besoin par la force, c'est-à-dire ayant comme sanction dernière la guerre ; elle n'engendrera que ce que notre auteur

(1) V. Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive.*

appelle des « obligations imparfaites », que l'on peut qualifier aussi d'obligations morales ou naturelles.

Tant que, sur une question quelconque, les Etats n'auront pas adopté une règle de droit conventionnelle, la loi naturelle ne pouvant, en principe, selon notre auteur, engendrer que des « obligations imparfaites », c'est-à-dire non susceptibles d'être ramenées à exécution par la force, il en résultera nécessairement que les Etats pourront impunément agir en toute liberté, contrairement à la loi naturelle. C'est la situation que vise de Martens quand il parle du *droit strict* des Etats.

A côté de la loi naturelle, notre auteur place le droit des gens positif. « Pour peu, dit-il, que deux nations se fréquentent et veuillent établir un commerce suivi, la simple loi naturelle ne saurait plus leur suffire. » Des déterminations de règles vont être nécessaires ; leur ensemble va former « le droit public extérieur ou droit des gens positif, propre, particulier ». Nous aurons alors des obligations puisant leur valeur juridique et leur force obligatoire dans les traités ; de Martens les qualifie d' « obligations parfaites », parce qu'elles sont susceptibles d'être ramenées à exécution par la force, et ont la guerre comme sanction dernière. (Les usages, d'après notre auteur, ne peuvent créer que des obligations imparfaites.)

Ainsi, tout en reconnaissant une valeur juridique à la loi naturelle, de Martens ne lui accorde qu'une portée pratique restreinte, puisque les Etats peuvent, sans s'exposer à une sanction immédiate et réelle, s'affranchir de l'observation de ses préceptes. N'y a-t-il donc véritablement que les règles du droit positif qui auront force obligatoire ? Il nous paraît excessif de l'admettre; et nous croyons devoir nous opposer à la tendance trop positiviste de notre auteur.

Il est des droits et des devoirs fondamentaux qui s'imposent aux Etats dès que ceux-ci existent et entrent en rela-

tions entre eux. Par exemple, l'obligation de respecter l'indépendance et l'égalité des Etats ne pourra-t-elle donner lieu, si elle était violée, qu'à des manifestations platoniques ? De Martens reconnaîtra à une nation, nous le verrons, le droit de combattre les armes à la main un Etat dont les tendances manifestes seraient une menace pour le maintien de l'équilibre, le droit d'intervenir en certains cas dans les affaires intérieures d'un autre Etat ; comment justifier ces solutions si l'on ne reconnaît pas que parfois au moins la loi naturelle a force exécutoire (1) ?

Il y a donc au moins un minimum d'obligations fondamentales qui constituent pour les Etats ce qu'on peut appeler un droit naturel *nécessaire* (2).

3° Telle est donc la valeur propre que de Martens donne soit à la loi naturelle, soit au droit positif. Mais sa tendance positiviste s'affirme encore lorsqu'il recherche quelle est l'influence de la loi naturelle sur le droit positif, comment on devra les concilier. Car on conçoit sans peine que le droit positif soit en contradiction avec la loi naturelle. La loi naturelle dépend de l'intérêt général ou collectif des nations ; le droit positif sera dicté souvent par les intérêts spéciaux et individuels des Etats. Ainsi le droit positif n'admettra pas « la réciprocité de droits que la loi universelle établit également pour toutes les nations » (3).

C'est cette opposition possible entre l'intérêt collectif des nations, c'est-à-dire la loi naturelle, et l'intérêt individuel ou égoïste, que de Martens néglige de signaler.

On pourrait presque dire que pour lui il y a présomption qu'une règle passée dans le droit positif est conforme à la raison, à la loi naturelle, à l'ordre juridique qu'il est dési-

(1) Nous verrons cependant, relativement à l'objet des traités, que de Martens fait découler de la loi naturelle quelques obligations parfaites, dont il ne donne qu'un exemple.

(2) Comp. Leseur, *Introduction à un cours de droit international public*, p. 25.

(3) *Précis*, Edition citée, I, p. 46.

rable de voir régner entre les nations. Quand les nations ont admis en pratique et dans leurs conventions une règle déterminée, de Martens l'approuve généralement sans discussion ; le *consensus* des Etats a pour lui une autorité devant laquelle il s'incline trop volontiers. Sa tendance positiviste diminue son esprit de recherche et sa liberté d'appréciation. On peut, en effet, reprocher à notre auteur de ne pas remonter jusqu'à la raison d'être des institutions du droit des gens, de ne pas étudier les motifs des règles adoptées par le droit positif, alors qu'ils présentent une importance particulière dans notre science s'inspirant surtout de la nécessité et de l'utilité des nations. C'est ainsi qu'il admettra qu'un belligérant a le droit de saisir et de confisquer la propriété privée ennemie qu'il rencontre sur mer, sans bien montrer pourquoi il adopte ce principe contraire à celui qui est appliqué pour la propriété privée ennemie sur terre. Il ne faut donc pas s'attendre à rencontrer toujours chez notre auteur cette vue pénétrante, cette analyse profonde qui donnent une intelligence parfaite des institutions.

Sans doute, on ne peut qu'approuver de Martens lorsqu'il affirme que les seuls principes du droit naturel étaient insuffisants, qu'il y avait nécessité pour les Etats d'en venir à des arrangements positifs, de déterminer les points douteux. Il vaut évidemment mieux s'appuyer le plus possible sur des actes positifs que de se contenter de l'autorité de règles rationnelles qu'après tout chaque Etat a la faculté d'apprécier à sa guise. Cela est certain.

Mais où notre auteur dépasse la juste mesure, à notre avis, c'est lorsqu'il affirme que le droit des gens a pris sa véritable voie le jour seulement où l'on a publié les recueils de traités et d'autres actes publics, lorsqu'il admet avec Kant que tout droit découle de la volonté, c'est-à-dire qu'il semble n'accorder autorité véritable qu'au droit positif. Et remarquons qu'en formulant ces propositions, notre auteur se met en contradiction avec lui-même : après avoir admis

comme base de sa notion du droit des gens la loi naturelle, il devait, pour être logique, voir encore cette dernière dans le droit positif, mais reconnue, fortifiée, augmentée d'une force et d'un caractère nouveaux, par suite de la volonté conforme des Etats.

III. — Avec G. F. de Martens considérons plus particulièrement le droit des gens positif. Ce droit étant essentiellement basé sur la volonté, et cette volonté étant contingente, variable suivant les Etats qui contracteront ensemble, nous aurons des droits des gens particuliers, différents suivant les nations entre lesquelles ils se sont formés.

Une loi commune à tous les Etats, ou du moins à ceux de l'Europe dont s'occupe seulement notre auteur, fera donc défaut ; il n'existera pas un ordre juridique déterminé réglant d'une façon générale les relations des Etats entre eux. C'est pourtant vers cette loi commune, qui serait si profitable à la bonne harmonie et aux intérêts bien compris des nations, que doivent tendre les efforts de notre science.

A plus forte raison, constate notre auteur, il n'a jamais été possible aux Etats de l'Europe de se fédéraliser, de se constituer en une organisation capable d'assurer à chacun d'eux la garantie de leur indépendance et de leurs droits. Ni les congrès, comme ceux de Westphalie, d'Utrecht, de Vienne ou d'Aix-la-Chapelle, ni les penseurs, par leurs projets de république universelle, n'ont pu amener une convention générale conclue même seulement par les principaux Etats de l'Europe. Dans ce sens, dit de Martens, le droit des gens positif général n'existera probablement jamais.

Sans doute, il n'est guère à supposer qu'à un moment donné, même seulement les Etats de l'Europe s'unissent en une vaste confédération « sous un pouvoir législatif, exécutif et judiciaire commun et suprême » ; mais il est permis d'espérer que chaque jour les nations se rapprocheront davantage des principes rationnels du droit des gens, en les consacrant dans des traités auxquels adhéreront la plupart des Etats.

Pour de Martens, voici comment on peut dégager une règle de droit commune. Nombre de traités particuliers présentent des points de ressemblance. Par l'abstraction, il sera donc possible de voir ce qui est le plus généralement pratiqué entre les puissances. Il en sera de même pour les usages. Des règles contenues dans les traités et les usages on pourra donc former, en quelque sorte, une synthèse. Elle constituera ce que de Martens appelle le droit des gens *général* et *positif*. Mais, estime-t-il, ce droit des gens commun ne peut s'établir qu'entre des peuples dont le degré de civilisation ne diffère pas profondément. Aussi n'existe-t-il point de droit des gens positif universel. Les mœurs des peuples de l'Europe diffèrent trop de ceux des peuples des autres parties du globe pour étendre le droit international à tous les peuples civilisés. Notre auteur a donc intitulé son ouvrage : *Du droit des gens de l'Europe*.

Ce qui pouvait être admis au temps où écrivait de Martens, cesse évidemment de l'être aujourd'hui, car, par suite du perfectionnement des moyens de transport, de la fréquence des communications, du progrès de la civilisation, le droit international se généralise de plus en plus.

IV. — Dans la préface de la première édition de son *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, de Martens présente une justification du plan qu'il a adopté pour cet ouvrage.

La distinction souvent admise autrefois en droit des gens de la paix et droit des gens de la guerre, avait le tort de laisser croire à l'existence d'un droit pour la paix absolument distinct de celui qui fonctionne pour la guerre, alors que la guerre n'est que le mode de sanction des obligations des Etats, ne fait qu'apporter des modifications dans les relations internationales. De Martens rejette donc cette distinction.

Son ouvrage est divisé en neuf livres.

Le droit des gens étant le droit qui régit les rapports des

Etats, il était naturel d'indiquer tout d'abord quels sont les sujets ou les personnes du droit international; c'est, en effet, l'objet du livre I dans lequel notre auteur traite des « Etats de l'Europe en général ».

Comment ces Etats peuvent-ils acquérir des droits positifs? C'est l'étude à laquelle est consacré le livre II.

Les livres III et IV nous font connaître les différents droits de souveraineté des Etats : droits relatifs à leur constitution et à leur gouvernement intérieur (livre III), droits relatifs aux affaires étrangères (livre IV).

Les trois livres suivants sont relatifs au mode de représentation des Etats les uns vis-à-vis des autres, et à leurs relations diplomatiques, c'est-à-dire aux droits relatifs à la personne et à la famille des souverains (livre V), aux négociations à l'amiable et diplomatiques (livre VI), aux ambassades (livre VII).

Il convenait de terminer par l'étude de la sanction des obligations internationales. C'est à cette importante partie que notre auteur consacre les développements contenus dans le livre VIII intitulé : « De la défense et de la poursuite des droits entre les nations par des voies de fait. »

Quant au livre IX sur l'extinction des droits acquis, il est très bref, et ne comprend que quelques paragraphes.

Sauf pour les matières faisant l'objet des livres I et VIII, qui se trouvent bien à leur place respective au commencement et à la fin d'un traité du droit des gens, il est difficile d'apercevoir l'idée que notre auteur a suivie pour adopter cette ordonnance des matières. N'eût-il pas été plus clair, après avoir examiné quelles étaient les personnes du droit international, de se demander quels étaient leurs droits et leurs devoirs essentiels, ceux qui découlaient avant tout de la loi naturelle, pour n'étudier qu'ensuite l'acquisition des droits positifs? C'eût été, nous semble-t-il, comme l'application et la démonstration de la distinction entre la loi naturelle et le droit positif, que notre auteur avait eu raison d'indiquer comme fondamentale en droit international.

Nous aurions également estimé comme une conception préférable de traiter dans un même livre de tout ce qui a trait aux relations pacifiques, d'y montrer quels étaient les organes internationaux et comment ils entraient en relations entre eux. L'esprit eut ainsi mieux saisi la notion véritable du commerce *(lato sensu)* des nations, plutôt qu'en étudiant séparément, sans montrer la connexité de ces matières, les droits relatifs à la personne et à la famille des souverains, les négociations à l'amiable et diplomatiques, les ambassades.

Nous reprocherons aussi à de Martens de n'avoir pas consacré un livre spécial à étudier les biens au point de vue international, les droits des Etats sur leur territoire, la mer, les fleuves, les navires, etc. Nous verrons que c'est mal à propos qu'il en parlera au sujet de l'occupation.

Malgré ces critiques, le plan suivi par notre auteur est préférable à celui qu'avaient adopté avant lui la plupart des auteurs; dans son ensemble il dessine les grandes lignes du droit international.

Puisque nous nous sommes proposé d'exposer l'œuvre de de Martens, nous devons le suivre dans la division qu'il a adoptée.

Livre I. — *Des Etats de l'Europe en général.* — Quels sont les Etats qui ont le caractère de personnes du droit international, comment ces personnes ont-elles formé la communauté internationale, la société des nations de l'Europe? Telles sont les deux questions principales examinées ici par notre auteur.

I. — Pour qu'une nation puisse être considérée comme une personne du droit international, il est nécessaire qu'elle constitue d'abord un Etat. « Lorsque tel peuple (nation), écrit de Martens (1), possédant une demeure fixe, s'unit sous un pouvoir législatif, exécutif et judiciaire commun et

(1) I, p. 39. Voir aussi I, p. 100.

suprême, qui fixe et garantit ses droits, c'est alors qu'il se forme en Etat. » La réunion des volontés individuelles en une volonté collective capable de s'imposer aux particuliers, autrement dit, une collectivité personnifiée par une autorité exerçant des droits de puissance publique, c'est bien là le caractère primordial de tout Etat, auquel il faut joindre comme complément nécessaire le caractère de permanence qui se manifeste surtout par ce fait que la nation considérée doit demeurer sur un territoire fixe. Mais encore faut-il, et c'est ce que néglige d'indiquer notre auteur, que cette société soit assez nombreuse : une agglomération de quelques familles ne pourrait constituer un Etat.

Le droit qui appartient à un Etat de donner des ordres aux individus qui le composent, et d'en assurer l'exécution, c'est un droit de souveraineté. Le droit d'un Etat de n'être soumis aux ordres d'aucun autre Etat, et de se conduire en toute indépendance selon ses intérêts et sa volonté, c'est encore, suivant l'expression couramment admise, un droit de souveraineté. Voilà deux notions certes bien différentes qu'on a définies en parlant soit de souveraineté interne, soit de souveraineté externe. Si cette distinction était, nous le supposons, dans la pensée de notre auteur, elle ne résulte pas, au moins d'une façon précise, de ses explications. Il n'emploie jamais que le mot de souveraineté, sans spécifier les deux acceptions dans lesquelles il est employé. Ce n'est donc que par une interprétation bienveillante de la pensée de notre auteur, qu'on peut dire qu'il pose en règle qu'un Etat jouissant de la souveraineté interne ne sera personne du droit des gens que s'il a, en outre, la souveraineté externe. Cette souveraineté sera « parfaite », d'après de Martens, si « l'Etat, dans ce qui touche sa constitution et son gouvernement civil, n'a, de droit, à recevoir des lois d'aucun étranger ».

Tous les Etats qui ne jouissent pas d'une souveraineté parfaite sont compris, suivant de Martens, sous la dénomina-

tion d'Etats mi-souverains. Il les définit assez exactement, tout en relevant l'impropriété du terme, des Etats, « qui, quoique jouissant d'une constitution et d'un gouvernement propres, ne peuvent pas se considérer comme entièrement souverains, soit par le défaut de quelques droits qui font partie du droit public (notre auteur veut parler des droits de souveraineté interne), soit par leur obligation de reconnaître encore au-dessus d'eux un pouvoir législatif étranger et suprême ». Un Etat mi-souverain peut donc avoir restreinte non seulement sa souveraineté externe, mais même sa souveraineté interne, comme cela existe, par exemple, pour l'Egypte.

En cette matière notre auteur est par trop bref. C'est à peine s'il indique la situation des Etats protégés, tributaires ou vassaux. Au sujet des Etats souverains, il ne signale même pas celle des Etats formant une union personnelle, une union réelle ou un Etat fédéral ; il n'est parlé que de la confédération d'Etats (1).

II. — Comment les Etats de l'Europe, dont de Martens donne avec soin d'ailleurs l'énumération, sont-ils arrivés à former entre eux cette « liaison » résultant surtout des traités, à constituer progressivement un droit des gens positif de l'Europe ?

L'histoire de la liaison des Etats de l'Europe, que notre auteur avait déjà étudiée dans son introduction en montrant l'élaboration de la loi internationale, est complétée dans ce livre I. On comprend que de Martens y attache une grande importance ; c'est pour lui une idée chère de considérer le droit positif comme formé et développé par une remarquable évolution historique faisant progressivement admettre par les nations les règles vraies du droit international. Sa méthode de démonstration par l'histoire, sa tendance positiviste trouvent donc ici leur facile application. De Martens présente les grands faits ou les idées capitales qui ont

(1) I, p. 114.

successivement contribué à donner de la cohésion aux Etats européens.

C'est d'abord Rome qui réunit les divers peuples sous sa domination par un lien plus ou moins dissimulé au début, se consolidant à mesure que grandissait la puissance des Césars, et singulièrement affermi par le fameux décret d'Antonin Caracalla accordant le titre de *civis romanus* à tous les habitants de l'Empire.

Au Moyen Age, la Rome chrétienne a remplacé la Rome des Césars. Grâce à l'unité et à l'influence de l'Eglise, on voit se former, sur le terrain religieux, la conception d'une société d'Etats dans laquelle la papauté exerçait une suprématie sur les royautés temporelles.

La Réforme vient détruire cette unité de religion ; la société des Etats a dû, par suite, se laïciser. Avant que se fasse jour cette idée que les intérêts des Etats sont solidaires, que des relations justes et libérales sont nécessaires aux progrès des nations aussi bien qu'à ceux des individus, il y eut une période qui commence au XVIe siècle, où une politique égoïste et d'intrigue, acharnée à la défense des intérêts particuliers, inspirait la conduite des Etats.

Cette période tend à finir quand l'ère des négociations est ouverte par les traités de Westphalie (1648) ; les Etats européens qui commencent à désirer un Etat plus pacifique cherchent à organiser leurs rapports.

Avec le traité d'Utrecht (1713) apparaît plus précis le système politique de l'équilibre des Etats : chaque puissance prend plus d'intérêt à ce qui se passe chez les autres ; des liens particuliers s'établissent ; des usages communs sont adoptés. Bien qu'il n'y ait pas entre ces Etats de société générale et positive, ils ressemblent, dit notre auteur, à un peuple qui ne se serait pas donné de constitution, ce que nous entendons en ce sens qu'il y a entre ces Etats une solidarité d'intérêts semblable à celle qui existe entre les individus d'une nation donnée.

Telles sont les principales phases indiquées par notre

auteur, de l'évolution des Etats européens vers le système international actuel.

Livre II. — *De la manière d'acquérir des droits positifs entre les nations.* — Pour donner la notion des droits positifs des Etats, de Martens reprend ici sa comparaison entre les individus et les Etats. De même que, dans un Etat quelconque, les individus ont « des droits absolus et innés », comme le droit à la liberté, le droit de se marier, etc., et des droits acquis, ainsi le droit de propriété individuelle, les droits de créance, de même les Etats ont des droits absolus, pour ainsi dire innés, naturels, et des droits acquis ou positifs.

Avant d'aborder immédiatement l'étude des droits positifs, notre auteur aurait dû rationnellement traiter des droits absolus ou fondamentaux des Etats, puisqu'il reconnaît que la loi naturelle est à la base du droit des gens, « que le titre général, c'est la loi naturelle ». De Martens ne les examinera que dans le livre IV qu'il intitule d'une façon trop compréhensive : « Des droits des nations relatifs aux affaires étrangères ».

Un Etat peut acquérir des droits positifs « soit sur des choses qui l'environnent, soit sur des personnes » ; l'occupation, la prescription pour les droits réels, les traités et usages pour les droits personnels seront les principaux moyens d'acquérir des droits positifs.

I. — 1° Sous le nom d'occupation, de Martens comprend deux notions qu'il importait pourtant de ne pas confondre : la question de savoir quel est le territoire de l'Etat, en tant que l'on considère le territoire comme élément essentiel et constitutif de l'Etat, est, en effet, bien différente de celle qui consiste à rechercher quand un Etat pourra acquérir des territoires nouveaux autres que celui sur lequel il est établi. Notre auteur semble faire dériver les droits de l'Etat sur ces différentes catégories de territoires d'une même idée, à savoir que l'Etat est devenu le maître de ces territoires

parce qu'il a fait sur eux des actes d'appropriation donnant naissance au droit de propriété. C'est là une idée inadmissible dans sa généralité. Si notre auteur avait fait la distinction que nous venons de signaler, plus facilement il aurait pu se rendre compte de la contradiction qu'il admettait relativement aux droits de l'Etat sur son propre territoire. Pour expliquer l'Etat il avait, en effet, considéré un état primitif et naturel, dans lequel les individus se trouvaient groupés sans encore former un Etat. Par conséquent, les individus auxquels de Martens reconnaît un droit de propriété individuelle, en vertu de l'appropriation qu'ils ont faite à leur profit de certaines parcelles du territoire, avaient ou au moins pouvaient avoir des propriétés privées avant que l'Etat ne fût constitué (les pouvoirs publics n'existant pas encore, dans cette hypothèse, les propriétés privées risquaient de n'être pas efficacement garanties ; mais ce défaut de protection n'empêchait pas les droits de propriété d'exister). Si donc les propriétés individuelles préexistaient à l'Etat, on ne peut dire que l'Etat a acquis, lui aussi, un droit de propriété en vertu d'une occupation ; en acquérant la souveraineté sur les personnes, l'Etat a, par voie de conséquence, acquis un droit non de propriété, mais seulement de souveraineté sur leurs biens. (Ce n'est même pas un droit de propriété qu'il a sur le domaine public dont il n'est, en quelque sorte, que le gérant au nom de la collectivité qui en est propriétaire.)

Nous ferons donc la distinction que nous ne trouvons pas chez notre auteur, et nous séparerons ce qui, dans son chapitre sur l'occupation, est relatif soit aux droits de l'Etat sur son propre territoire, soit à l'occupation proprement dite.

a) Sur son propre territoire l'Etat ma, disions-nous, un droit de souveraineté. Mais quelles sont les limites de ce territoire ? Telle est, en somme, la question que se pose de Martens. Le principe que l'on dégage des diverses solutions qu'il adopte, est que le territoire finira où l'Etat ne pourra plus exercer et maintenir sa souveraineté. En effet, au-delà,

la liberté d'action des autres Etats ne saurait être entravée, ils auront un égal droit de jouissance.

Ce principe est appliqué par notre auteur bien évidemment pour les fleuves, rivières et lacs compris et enveloppés dans le territoire, mais aussi pour les détroits de mer et les golfes, s'ils ne dépassent pas la largeur ordinaire des rivières ou la double portée de canon. Quant à la mer territoriale, de Martens en détermine l'étendue d'après la portée de canon, comme c'était l'opinion courante à son époque où l'artillerie n'avait pas fait les progrès que nous constatons aujourd'hui.

Le point de savoir s'ils sont soumis à la souveraineté de l'Etat riverain était délicat pour les détroits ou golfes trop larges pour être protégés par les canons du rivage, ou pour les parties d'une mer adjacente, qui dépassent la portée du canon. Sans chercher à indiquer aucune règle, notre auteur affirme simplement que c'est une question de fait ; il faudra, selon lui, pour décider, considérer ce qu'exige la sûreté des possessions territoriales ; c'est donc simplement approuver la conduite des Etats. Aussi de Martens ne conteste-t-il pas, par exemple, le droit exclusif de la Grande-Bretagne sur le canal de Saint-Georges, il ne condamne même pas expressément la prétention de cette nation à l'empire sur les quatre mers qui l'entourent, particulièrement sur le Pas-de-Calais. Il s'incline trop facilement devant les faits auxquels il convenait cependant d'opposer la véritable doctrine.

La situation d'une mer s'étendant au-delà d'un détroit non libre, celle de la mer Noire notamment, était aussi assez délicate pour devoir attirer l'attention de notre auteur qui la passe sous silence.

Remarquons enfin, en ce qui concerne les droits de l'Etat sur son propre territoire, que de Martens ne devait pas en traiter au sujet des droits acquis. Ce sont nécessairement des droits absolus et innés, puisqu'ils existent dès que l'Etat se trouve constitué.

b) Il s'agira, au contraire, de droits positifs à acquérir quand un Etat voudra exercer un droit d'occupation sur des territoires autres que celui sur lequel il est établi, et qui, sans être nécessaires à l'existence de l'Etat, augmenteront simplement sa puissance et sa richesse. Comment un Etat parvient-il à acquérir par occupation ces territoires? Telle est bien la question capitale en la matière. Pour la résoudre, suivant une comparaison qu'il reproduit volontiers, de Martens recherche comment les individus qui, à l'origine, n'avaient pas de droit de propriété exclusif, ont pu en acquérir : par le travail ils ont donné une plus-value à la terre, par l'occupation effective et permanente ils l'ont mise sous leur dépendance.

Ce sont des idées analogues qui dominent le droit d'occupation des Etats. Comme les individus, les Etats ne pourront occuper que des *res nullius*, des territoires sans maître. De Martens n'hésite donc pas à admettre que « la loi naturelle n'autorise pas les peuples chrétiens à s'attribuer des districts déjà effectivement occupés par des sauvages contre le gré de ceux-ci, quoique la pratique n'offre que trop d'exemples de semblables usurpations ». Par conséquent, c'est seulement aux contrées éloignées, aux îles inconnues et désertes que pourra s'appliquer l'occupation.

Mais suffira-t-il, ainsi que l'admet notre auteur, de la présence de quelques tribus sauvages pour empêcher toute occupation? Nous ne le pensons pas. Si l'on peut faire un rapprochement entre l'occupation par les individus et l'occupation par les Etats, on ne doit pas reconnaître aux deux les mêmes caractères. Ce que veut acquérir, en effet, un Etat par l'occupation, c'est surtout un droit de souveraineté. Sans doute, il pourra également devenir propriétaire des territoires sur lesquels il acquiert la souveraineté, mais seulement dans les parties qui ne sont l'objet d'aucune propriété privée. Dès lors, nous admettrions une théorie différente de celle de de Martens, et nous adopterions comme critérium : sera licite l'occupation des territoires qui

ne sont l'objet non d'aucun droit de propriété, mais d'aucun droit de souveraineté; on se trouvera alors en présence d'individus vivant dans l'anarchie. Les Etats ne seront pas obligés, en raison de l'existence de quelques peuplades sans aucune organisation politique, si embryonnaire fût-elle, de renoncer à établir leur puissance et à étendre à ces territoires les bienfaits de la civilisation.

Notre auteur, pour caractériser l'occupation, pose très nettement qu'elle doit être effective. En outre de la volonté manifeste de s'approprier tel territoire, il faut la prise de possession et le maintien de celle-ci. « La simple déclaration de volonté d'une nation ne suffit pas, non plus qu'une donation papale, ou qu'une convention entre deux nations, pour imposer à d'autres le devoir de s'abstenir de l'usage ou de l'occupation de l'objet en question. »

2° A la question de l'occupation fait naturellement suite celle de la *prescription*, bien que notre auteur les sépare par l'étude des traités et des usages. La prescription est-elle un mode d'acquérir des droits réels territoriaux en droit international?

Pour que la question de prescription puisse véritablement se poser, il faut que la possession considérée ne soit pas le résultat d'actes d'abus de puissance, car, suivant l'expression d'Heffter, « un siècle de possession injuste ne suffit pas pour enlever à celle-ci les vices de son origine ». Il s'agit donc d'une possession paisible.

Voici la théorie de Martens. Il est certain qu'un Etat peut renoncer à une propriété ou à des droits qu'il possédait. Le point de savoir si la prescription est admise par le droit des gens revient à rechercher si le simple non-usage de droits de souveraineté et de propriété, et le silence gardé lorsqu'un autre Etat les possède, doivent être interprétés comme une renonciation, et, par suite, sont suffisants à faire perdre ces droits. Il faut admettre la négative : le silence gardé peut faire présumer l'abandon, mais cette présomption ne suffit pas à faire perdre les droits. La pres-

cription est donc inadmissible en droit des gens. Telle est, d'après notre auteur, la solution à laquelle conduit la rigueur du droit naturel. N'adoptant cette conclusion qu'à regret, pour ainsi dire, il estime qu'il serait plus conforme à l'intérêt des nations d'admettre la prescription ; « on pourrait donc en faire un principe de droit naturel social par rapport à ces nations reconnues pour vivre dans une société générale ».

Remarquons que de Martens n'est pas fidèle ici à la notion qu'il avait donnée du droit naturel. Puisque la loi naturelle est celle que la raison découvre comme devant régler les rapports des Etats, elle ne saurait donner une règle contraire à l'intérêt des nations. C'est pourtant cette contradiction à laquelle, nous venons de le voir, conduit la théorie de notre auteur. Puis, quelle est la différence entre le droit naturel et le droit naturel social qui sont opposés l'un à l'autre? Elle ne nous paraît que subtile et difficile à saisir.

A notre avis, c'est se placer à un point de vue inexact que de vouloir faire résulter la prescription de l'abandon par les anciens possesseurs, d'un fait négatif. Car l'abandon aura eu lieu à une époque fort éloignée ; il ne serait guère possible de préciser les conditions dans lesquelles il a eu lieu. On ne doit pas oublier qu'il s'agit d'une prescription acquisitive ; c'est donc surtout un fait positif à apprécier pour déterminer si l'on doit reconnaître un droit de prescription. Or, le nouveau possesseur a fait réellement le territoire sien, en y exerçant la souveraineté, et peut-être des droits de propriété. Quant au défaut de loi positive déterminant le délai de prescription, il ne saurait empêcher ce mode d'acquisition des droits réels territoriaux, la fixation d'un délai n'ayant pas ici la même importance qu'en droit civil : les périodes considérées seront bien plus longues, et la raison, s'appuyant aussi sur les circonstances, indiquera si le temps écoulé est suffisant pour donner naissance au droit de prescription.

II. — Nous avons examiné jusqu'à présent, avec de Martens, des modes d'acquisition de droits réels par les Etats en vertu de leur volonté unilatérale. Mais, dit-il, les nations peuvent, par leur consentement mutuel, ajouter à leurs obligations primitives, en s'imposant des actes ou des abstentions auxquelles elles n'étaient pas naturellement (1) obligées. La volonté peut être expresse ou tacite ; il s'agit alors de traités. Elle peut être présumée et résulter d'un usage.

1° Les traités sont évidemment la source la plus abondante d'acquisition des droits positifs, et devaient, en effet, être de la part de notre auteur l'objet d'une étude attentive.

a) La première question qu'il examine est celle des *conditions requises pour la validité des traités.* (Il n'y a lieu de s'arrêter ici, ainsi que le fait, d'ailleurs, justement remarquer de Martens, qu'aux traités publics ; « les contrats que, dans les monarchies, le monarque passe en son nom privé » sont étrangers à notre science. Il n'y a de traités véritables que ceux qui sont faits au nom de la nation.)

Nous n'insisterons pas sur les qualités que doit présenter le consentement des Etats : il doit être déclaré, libre, mutuel, non entaché de mauvaise foi. Quant à l'inégalité des avantages, pouvant constituer une lésion, elle ne saurait être une raison justificative pour se dédire d'un traité.

Au sujet de la validité des traités, le point bien spécial au droit international est de savoir par qui et comment un Etat sera volontairement engagé vis-à-vis des autres.

Il faut que celui qui signe un traité au nom d'un Etat soit véritablement le représentant de l'Etat, qu'il ait pouvoir d'engager celui-ci. En principe, dit de Martens, quand le ministre mandataire a agi dans les bornes des pouvoirs

(1) C'est-à-dire que dans « l'état naturel » les nations pouvaient bien être obligées par la loi naturelle, mais elles n'étaient pas tenues par ce que de Martens a appelé des obligations parfaites.

qui lui avaient été donnés, pouvoirs dont il doit fournir la preuve à l'autre partie contractante, il oblige l'Etat qu'il représente. Peu importe que l'engagement qu'il prend soit contraire à l'intérêt de l'Etat mandant. Le ministre mandataire a-t-il agi dans les limites de ses pouvoirs? l'Etat se trouve obligé. « Le droit des gens universel n'exige donc pas une ratification particulière », tel est le principe. La pratique l'a modifié. Comme, en fait, il est nécessaire pour un Etat de donner de pleins pouvoirs à son représentant, le droit des gens a introduit la nécessité de la ratification particulière, afin de ne pas exposer l'Etat à des préjudices irréparables.

Plaçons-nous donc, avec notre auteur, dans l'hypothèse ordinaire, devenue la règle, où la ratification particulière est nécessaire, et demandons-nous à quel moment le traité devra être réputé définitif, quand un des Etats contractants ne pourra plus, par sa seule volonté, se dégager de l'engagement pris. Pour de Martens, le traité existe réellement dès qu'il est conclu, c'est-à-dire dès que les « ministres mandataires » ont arrêté les termes de la convention par la rédaction d'un écrit au bas duquel ils ont apposé leur signature. La ratification qui sera donnée plus tard ne viendra donc que confirmer un traité déjà existant. Elle n'a pour but que de permettre de vérifier si le « mandataire s'est écarté des bornes de son instruction, et par conséquent est punissable ». Si tel n'est point le cas, et que l'une des parties offre dûment sa ratification, l'autre ne pourra refuser la sienne, par exemple, pour de simples motifs de convenance.

Nous ne croyons pas pouvoir admettre la théorie de de Martens. S'il se montre si rigoureux dans sa solution, c'est qu'il applique en notre matière les règles du droit privé sur la validité des actes accomplis par le mandataire. Mais toute assimilation du droit international au droit civil ne peut qu'être inexacte en raison de la différence des intérêts en jeu et des conditions dans lesquelles on les fait valoir.

Jusqu'à l'échange des ratifications les parties ne sont pas, à notre avis, définitivement engagées ; l'une des parties ne serait pas fondée à chercher à obtenir par la violence l'exécution du traité. Il n'y a donc pas véritablement conclusion du traité lorsque les mandataires, après les négociations, apposent leur signature sur le libellé de l'acte ; le traité n'est réellement conclu que par l'échange des ratifications. Il importe, en effet, que les nations ne soient pas irrévocablement engagées par suite d'une erreur ou d'une fausse appréciation de la part des mandataires, susceptible de compromettre leur existence. Aussi nombre de législations exigent-elles même que tout au moins certains traités ne soient ratifiés par le pouvoir exécutif qu'après leur approbation par le pouvoir législatif. La ratification pourra donc être refusée ou accordée ; dans le premier cas le traité n'aura juridiquement jamais existé (1).

La suite des explications de notre auteur se rattache principalement à l'objet et à la durée des traités.

b) D'après de Martens, l'*objet* des traités est particulièrement de créer entre Etats des obligations ayant force exécutoire. Considérant ce dernier point de vue, de Martens distingue quatre catégories de traités : 1° traités consacrant des obligations auxquelles la loi naturelle conférait déjà force exécutoire. « De ce nombre sont surtout beaucoup d'articles des traités avec les Etats barbaresques ; mais on en trouve aussi des exemples dans les traités entre les puissances chrétiennes » ; — 2° traités changeant les obligations imparfaites (existant en vertu de la loi naturelle, mais non munies par elle de force exécutoire) en obligations parfaites ; et tels sont le plus grand nombre des traités ; — 3° traités créant des obligations parfaites qui, d'après la loi naturelle, n'étaient même pas des obligations imparfaites ; — 4° traités confirmant des obligations impar-

(1) Voir en ce sens Geffcken, note sur Heffter, *Le droit international de l'Europe*, traduction par Bergson, p. 199.

faites sans pour cela les rendre parfaites. « De ce genre est le traité de la Sainte-Alliance, du 26 septembre 1815. »

Cette distinction où se révèle bien l'originalité de notre auteur pourrait, si elle laissait dans l'esprit des notions précises, nous instruire sur les modifications que les traités apportent à la loi naturelle. Pour qu'elle eût une portée, il aurait fallu commencer par dire quelles étaient, d'après la loi naturelle, les obligations parfaites ou les obligations imparfaites. Il eût été intéressant de connaître les obligations qui, dans la pensée de de Martens, avaient force exécutoire en vertu de la seule loi naturelle, avant d'être consacrées par le droit positif. Nous ne les trouvons nulle part énumérées ou indiquées. D'ailleurs, notre auteur n'a-t-il pas déjà enseigné que la loi naturelle ne peut engendrer que des obligations imparfaites? Ici il en fait résulter des obligations parfaites. C'est contradictoire.

En outre, cette distinction tend bien plutôt à définir la nature juridique des obligations qu'à déterminer leur objet, malgré le titre que notre auteur a mis en tête de ses explications.

Ne connaîtra-t-on pas, au contraire, l'objet des traités, en recherchant quels sont les différents intérêts que ceux-ci ont pour but de sauvegarder? Nous aurons alors, par exemple, des traités réglant entre les États des intérêts commerciaux (traités de commerce, de navigation), des intérêts territoriaux (traités de cession, d'échange, de limites, d'hinterland, etc.), des intérêts surtout politiques (traités d'amitié, d'alliance, etc.), ou encore des traités relatifs à la personne et aux biens des nationaux des pays contractants. Tel est l'objet véritable des traités. De Martens n'y fera guère qu'une allusion à propos de la *durée* des traités, sur laquelle nous devons exposer maintenant sa doctrine.

c) Il distingue fort rationnellement les « conventions transitoires » et les « traités proprement dits ».

Les premières s'accomplissent d'un seul coup ; ce sont, par exemple, les traités de cession, de limites, d'échange.

Elles sont perpétuelles, subsistant malgré les changements de circonstances, même, en principe, malgré une guerre. Cette notion nous paraît exacte, mais certaines expressions impropres. Parler, en effet, de conventions ou de traités transitoires et perpétuels, n'est-ce pas employer pour désigner une même chose deux termes contradictoires ? Les traités qui sont ici appelés transitoires sont, en réalité, des traités qui produisent immédiatement tous leurs effets, créent une nouvelle situation perpétuelle par sa nature.

C'est donc pour « les traités proprement dits, qui obligent à des prestations », que la question de leur durée sera délicate. « Ils tombent d'eux-mêmes, quand l'Etat qui les a contractés perd son indépendance ou vient à se dissoudre,... dans tous les cas d'une guerre entre les puissances contractantes, seulement à l'exception des articles arrêtés pour le cas de rupture. » En dehors de ces causes anormales d'extinction des traités (nous ne discutons pas ici l'opinion de de Martens au sujet des effets produits par la guerre sur les traités), et à défaut d'indication expresse du temps pour lequel les traités ont été passés, quelle sera leur durée ? Elle dépendra du maintien ou du changement des circonstances qui ont donné lieu aux traités. Car, si les circonstances ont changé, l'accomplissement exact des obligations contractées imposerait à l'une des parties des dommages ou du moins une situation très défavorable qu'il n'était certainement pas dans l'intention commune des contractants de lui faire supporter.

Parfois, dans certains traités, une clause expresse mentionne qu'ils sont faits *à toujours*. De Martens nous indique bien cette clause, mais sans en donner d'interprétation. Les traités dits faits *à toujours* ne sauraient être pris à la lettre.

Pour en infirmer la valeur, on invoque souvent ce motif qu'une génération ne peut engager les générations futures. C'est une affirmation inexacte, à notre avis. Ce n'est pas seulement à un moment, pour une période déterminée que les membres d'une même nation sont liés entre eux par ces

intérêts communs qui constituent la solidarité nationale. Mais, en vertu de cette solidarité, la génération présente est unie aux générations passées dont elle recueille des avantages et des charges. De même qu'un Etat ne saurait refuser de payer des dettes contractées envers un tiers, Etat ou particulier, sous prétexte qu'elles l'ont été par la génération précédente, de même il ne pourrait, pour un motif semblable, se refuser à l'exécution d'un traité.

Comme pour les traités passés sans indication de durée, il est plus vrai de dire que les traités faits *à toujours* ne lient une nation qu'autant que se maintient la situation pour laquelle ils ont été conclus. La condition *rebus sic stantibus* devra donc être implicitement admise. Les circonstances ayant changé, on ne se trouve plus dans les conditions du traité ; continuer l'exécution des obligations qu'il renferme, serait violer l'esprit du traité lui-même. Un Etat ne peut s'engager à perpétuité, car il aliénerait ainsi ses droits essentiels, droits à l'existence, à sa sécurité, qui sont inaliénables.

Les traités sont, en principe, générateurs d' « obligations parfaites ». Ils constituent la plus grande partie du droit positif international. L'efficacité de ce droit dépendra donc surtout de la *sanction* attachée aux traités. Si les engagements qu'ils contiennent ne sont qu'illusoires, le droit des gens positif croule par la base. Cette question capitale ne pouvait manquer d'attirer l'attention de notre auteur. Il est superflu de rappeler qu'il n'y a pas au-dessus des nations de pouvoir supérieur capable de leur imposer l'exécution des conventions qu'elles ont passées. On devait donc recourir à des moyens compatibles avec la souveraineté des Etats. De Martens indique ceux qui ont été principalement employés aux diverses époques : au Moyen Age ce fut une sanction religieuse que permettait la reconnaissance par la plupart des princes de l'Europe de la puissance spirituelle du pape (serment, censure ecclésiastique, etc...). On emprunta au droit privé les garanties du gage et de

l'hypothèque. De Martens mentionne aussi les otages dont il était surtout fait usage en temps de guerre, puis la garantie personnelle d'un ou de plusieurs Etats.

Mais la valeur des traités ne résultera-t-elle pas surtout de la conscience de plus en plus grande qu'auront les nations du respect dû au droit des gens, des conséquences que, par des revirements politiques, peut entraîner sa violation, et enfin du système politique européen (et qui tend à devenir mondial) basé sur la nécessité de la force obligatoire des traités? Ce sont là, il nous semble, les causes essentielles de l'autorité dont les traités sont revêtus, et que notre auteur passe cependant sous silence.

2° L'*usage*, quoique moins important que les conventions, fait aussi acquérir aux Etats des droits positifs. Mais, selon de Martens, la manière uniforme d'agir fait simplement naître la présomption qu'à l'avenir une nation se conduira comme par le passé. Le simple usage ne fera donc naître qu'une obligation imparfaite.

Il nous paraît contraire à la fois aux enseignements de la raison et à la pratique des nations de ne pas ainsi accorder force exécutoire aux usages. Sans doute, pour produire cet effet, il ne suffira peut-être pas qu'un usage soit pratiqué par deux ou trois Etats. Mais, s'il s'est généralisé parmi toutes les nations civilisées, il marque d'une façon évidente la conscience qu'elles ont de la nécessité de telle règle; elles donnent à cette règle leur adhésion collective, la consacrent. Comment ne pas reconnaître au moins ces usages généraux comme productifs d' « obligations parfaites », alors qu'il est admis qu'ils peuvent parfois abroger des traités, c'est-à-dire substituer leur force obligatoire à celle des traités?

— Après avoir fait connaître, soit dans l'Introduction, soit dans le livre II, les sources des droits des nations, de Martens consacre les livres III et IV à déterminer ces droits.

Livre III. — *Des droits réciproques des Etats relativement à leur constitution et à leur gouvernement intérieur.*

— Nous avons vu que le territoire est un élément constitutif de l'Etat : il est essentiel pour l'exercice de la souveraineté de l'Etat sur les personnes, et détermine les limites dans lesquelles pourra s'exercer cette souveraineté. Aussi au début de l'étude des droits relatifs « à la constitution et au gouvernement intérieur » des Etats, convenait-il, comme l'a fait de Martens, de poser en principe que le pouvoir souverain de l'Etat s'étend sur toutes les personnes qui habitent son territoire, et sur tous les biens soit privés, soit publics qui s'y trouvent. Un Etat est donc maître de son territoire, et peut en garder et défendre l'intégrité de la manière qu'il juge convenable, avec la seule restriction de ne pas porter atteinte aux droits d'indépendance des autres Etats.

I. — De ce droit de souveraineté de l'Etat sur les personnes habitant son territoire, et particulièrement sur ses nationaux, résulte cette première conséquence que chaque Etat a le droit de se donner la constitution politique qui lui convient. Le choix d'une Constitution pour un pays est donc une question de droit interne ; mais elle produit ses effets sur les rapports internationaux, puisque notamment c'est la Constitution qui détermine les personnes qui auront qualité pour représenter l'Etat. Un Etat souverain ne pourra-t-il donc pas exercer une influence sur la Constitution d'un autre Etat souverain ? Devra-t-on lui accorder ou lui refuser, en principe, un droit d'intervention ?

Sans admettre évidemment ce droit d'une façon absolue, de Martens l'approuve dans nombre de cas : si un Etat avait pris vis-à-vis d'un autre l'engagement de ne pas changer sa Constitution ou de ne pas adopter telle forme de gouvernement ; lorsque, en dehors de tout traité sur la matière, un Etat aurait lieu de craindre les suites que pourrait entraîner chez lui l'exemple d'un changement de Constitution, survenu dans une autre nation et dû peut-être à un mouvement révolutionnaire. Dans les monarchies électives au moins, notre auteur restreint aussi la liberté de

choix d'une nation pour régler la succession au trône, en permettant aux puissances étrangères d'intervenir dans le but de maintenir l'équilibre.

Il ne nous paraît pas juridique d'adopter ces diverses solutions. D'abord, l'engagement que prendrait un Etat souverain à l'égard d'un autre, de ne pas changer sa constitution, est considéré par bien des auteurs comme nul et non avenu, car il impliquerait une aliénation de droits inaliénables. Nous repoussons également la doctrine de de Martens en ce sens qu'un Etat ne saurait s'être valablement obligé à conserver telle Constitution que la nation souveraine pourrait vouloir supprimer. Mais les traités de garantie d'une Constitution auront en vue, la plupart du temps, des Puissances tierces dont on craint l'influence capable d'imposer, en fait, une Constitution déterminée ; en ce cas, ces traités ne pourraient qu'être valables, à notre avis.

On ne peut justifier davantage qu'un Etat puisse s'opposer au changement de Constitution dans un Etat voisin, pour éviter que semblable changement se produise chez lui. Quand un Etat pourrait-il considérer sa propre Constitution menacée par un mouvement révolutionnaire ? Poser la question, c'est indiquer les abus qui résulteraient d'un semblable système. L'arbitraire, les abus de la force, les ambitions de conquête se dissimuleraient trop souvent sous un faux prétexte de protection des gouvernements contre les insurrections populaires.

La question de l'intervention se pose d'une façon particulièrement intéressante en cas de guerre civile, lorsqu'un Etat est divisé en deux partis politiques prenant chacun les armes pour arriver au pouvoir, ou que des provinces prétendent se proclamer indépendantes. Malgré certaines réserves dont il entoure sa théorie, de Martens reconnaît aux autres Etats le droit d'intervenir, même à main armée, en faveur du parti opprimé ou du pouvoir qui a pour lui la justice.

Nous répéterons ici qu'une tierce Puissance ne peut se faire juge de pareils conflits divisant une nation; elle n'a généralement ni tous les moyens, ni la compétence nécessaires pour les apprécier. Ces révoltes seront peut-être le résultat de causes profondes, remontant assez loin dans le passé, une réaction qui, tout en ayant le tort d'être violente, marquera une manifestation de cette justice immanente venant tôt ou tard dans un Etat sanctionner les abus du pouvoir. Puis, si une tierce Puissance intervient en faveur d'un parti, qui empêchera un autre Etat de porter une appréciation différente et de soutenir l'autre parti ?

Le véritable principe (auquel il n'y aura que de rares exceptions, par exemple, pour raison d'humanité) nous paraît donc être celui de la non intervention dans les affaires de gouvernement intérieur. Il a toujours été défendu par l'Angleterre dont la politique, en cette matière, était conforme au droit. « Aucune Puissance ne peut imposer à un Etat indépendant, quelque faible qu'il soit, une Constitution particulière, ni exiger l'introduction de changements dans celle qu'il s'est donnée, ni s'opposer aux réformes par lui projetées, ni régler les conditions du pouvoir souverain (1). »

L'intervention ne pourra donc se justifier que par la plus absolue nécessité. Quand celle-ci existera-t-elle ? Il importe de le préciser autant que possible pour empêcher l'arbitraire de la force. L'intervention est, en réalité, une atteinte portée aux droits souverains d'un Etat. Mais si un Etat doit y recourir pour sauvegarder ses droits également souverains qui seraient autrement compromis, elle sera légitime. Pouvant aboutir à une guerre, elle n'aura de justes causes que celles qui donnent le droit de faire la guerre.

Au problème de l'intervention en cas de guerre civile se rattache étroitement celui de la reconnaissance politique soit d'un nouveau gouvernement issu d'une révolution, soit de provinces devenues, en fait, indépendantes. Selon notre

(1) Heffter, *op. cit.*, p. 109.

auteur, les autres nations n'ont pas à juger de la légitimité du nouveau monarque, du nouveau gouvernement, ou du droit de ces provinces à l'autonomie ; elles n'auront qu'à s'attacher au seul fait de la possession, qu'à traiter comme Chef d'Etat celui qui détient le pouvoir, et comme indépendante la province qui se comporte et a la force de se maintenir comme telle. C'est là un principe juridique et libéral, mais il n'est qu'une conséquence logique de celui de non intervention que précédemment, nous l'avons vu, de Martens repoussait pourtant dans nombre de cas. En établissant leurs rapports diplomatiques avec le parti victorieux, les autres Etats n'entendent donc point reconnaître sa légitimité, mais ils s'adressent simplement au pouvoir qui est, en fait, le plus capable de faire exécuter les engagements contractés envers eux, ou de protéger leurs nationaux sur son territoire.

II. — En vertu de son droit de souveraineté interne, un Etat n'a pas seulement le droit d'adopter la Constitution qui lui convient, il a également celui de régler la *condition des personnes habitant son territoire.*

Puisque les droits de souveraineté de l'Etat s'exercent, en principe, seulement dans l'étendue de son territoire, dans ces limites l'Etat pourra exercer librement ses droits sur les nationaux et les étrangers ; en territoire étranger, ses actes de souveraineté ne produiront aucun effet. Telle est, d'après notre auteur, la loi naturelle.

Mais, ajoute-t-il aussitôt, sa rigueur a été atténuée par les traités et les usages, c'est-à-dire par le droit positif. Les Etats vont accorder des droits personnels aux étrangers se trouvant sur leur territoire ; des actes accomplis dans un Etat vont produire des effets en pays étranger. De Martens se borne à constater ces traités et ces usages sans rechercher les raisons pour lesquelles les Etats ont dû modifier la loi naturelle, sans montrer les avantages qu'ils ont à reconnaître des droits personnels aux étrangers résidant sur leur territoire, et une certaine valeur aux actes

passés en pays étranger. Il eût été intéressant, en effet, de mettre en évidence comment le développement du commerce extérieur, les progrès de la civilisation qui tendent à rapprocher entre eux les membres de la grande famille humaine, ont fait accorder aux étrangers une condition toujours plus favorable, de plus en plus égale à celle des nationaux ; si bien qu'on doit se demander si le principe que de Martens pose comme étant celui de la loi naturelle, en découle véritablement. Non, faut-il répondre, si, comme l'a affirmé notre auteur au début de son ouvrage, la loi naturelle est celle qui, d'après la raison, devrait régler les rapports internationaux. Mais ici de Martens n'est plus fidèle apparemment à la notion qu'il a donnée, et il entend par la loi naturelle le droit strict et rigoureux ; en ce sens le principe que la souveraineté cesse absolument de produire tout effet aux frontières d'un Etat, serait exact.

Après en avoir indiqué l'idée générale, reprenons, pour l'examiner de plus près, ce conflit entre les droits personnels (statut personnel) des étrangers et le pouvoir souverain de l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent.

Une question préalable est à résoudre : une nation a-t-elle le droit d'interdire l'accès de son territoire aux étrangers, tant par terre que par mer ? Oui certainement, dit de Martens, en vertu « du droit exclusif de chaque nation sur son territoire. L'étranger doit respecter cette sanction. Il est cependant des cas exceptés où sa propre conservation l'autoriserait à entrer sans permission, et même à forcer l'entrée et le passage en cas de refus : tels sont ceux des dangers de la mer, ou la crainte de l'ennemi ». Mais notre auteur se hâte de constater que, depuis des siècles, un traitement plus humain a succédé en Europe à l'ancienne rigueur contre les étrangers, et que les traités et les usages basés sur la réciprocité des intérêts nationaux, leur accordent droit d'entrée et de séjour. Un Etat n'en aura pas moins toujours le droit de prendre contre les étrangers les mesures qu'il jugera né-

cessaires à sa propre conservation, par exemple, d'exclure telle catégorie d'étrangers ou de n'autoriser l'accès d'étrangers sur le territoire que par une permission spéciale. Pinheiro-Ferreira combat la règle rigoureuse que pose de Martens : « S'il y a une vérité évidente, écrit-il, c'est sans doute ce principe de droit universel que personne n'est en droit de s'opposer aux volontés d'autrui, à moins qu'elles ne portent atteinte à sa sûreté, à sa liberté ou à sa propriété ». Mais est-ce qu'un Etat ne pourra pas toujours soutenir et même justifier, dans une certaine mesure au moins, que l'admission des étrangers serait contraire à sa liberté, à sa propriété, c'est-à-dire à ses intérêts ?

En fait, la plupart des Etats ouvrent largement leur territoire aux étrangers. Quelle y sera donc la condition juridique de ces derniers ?

De Martens pose en principe qu'ils sont soumis à la *loi du pays* sur le territoire duquel ils se trouvent : « l'étranger admis dans l'Etat est sous la protection des lois et du gouvernement ; il leur doit obéissance. » C'est, en effet, incontestable. Quant à leur personne, les étrangers sont soumis aux lois de police, de sûreté et d'ordre général, aux mesures administratives, et à l'autorité judiciaire tant pour la juridiction civile (sauf application des règles de compétence) que pour la juridiction pénale. En ce qui concerne les biens des étrangers, notre auteur applique également son principe ; spécialement pour déterminer les impôts que doivent payer les étrangers il admet comme criterium cette idée fort judicieuse que « les frais qu'exige le gouvernement doivent être supportés par ceux qui profitent des avantages de son établissement ».

Si les étrangers sont soumis, en principe, à la loi de l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent, faudra-t-il aller jusqu'à dire que toute autorité doit être refusée à leur *loi étrangère* ? De Martens ne le pense pas. Une pareille exclusion serait contraire au respect mutuel que se doivent les nations, et rendrait impossible tout commerce international. Serait-il

admissible qu'un mariage contracté par une personne dans son pays n'eût pas de valeur dans les autres Etats, qu'un paiement constaté dans un Etat suivant les formes légales ne fût pas admis par un autre Etat ? Notre auteur n'a pas indiqué de règle permettant de déterminer quand serait applicable la loi étrangère ; il se borne à énumérer les exceptions que la pratique a apportées à l'application exclusive de la loi territoriale. Sans doute ce seront surtout les traités qui régleront la matière : ils établiront entre les Etats contractants une réciprocité de droits, ou tendront à créer, en quelque sorte, une communauté juridique internationale. Et, en effet, ici particulièrement s'est formé ce que notre auteur a appelé, dans son introduction, « le droit positif universel » ; c'est-à-dire que des solutions consacrées par la plupart des traités on peut dégager des règles généralement admises par les Etats.

Le droit international moderne admet donc dans les Etats l'application des lois étrangères pour tous les droits constituant le statut personnel. Notre auteur aurait pu constater également l'usage général reconnaissant que les actes juridiques peuvent être passés dans les formes prescrites par les lois du lieu de leur confection. Mais occupons-nous surtout des actes judiciaires qui seuls retiennent l'attention de de Martens.

En matière civile, lorsqu'un procès a été jugé dans un pays, parce que le tribunal y était compétent soit d'après les conventions, soit d'après les lois de ce pays, « il ne peut point appartenir à une Puissance étrangère, dit de Martens, d'admettre chez elle un second procès sur la même cause » (1). A une nouvelle action qu'une des parties voudrait engager sur la même cause devant un tribunal d'un autre pays, le défendeur serait en droit d'opposer l'*exceptio rei judicatæ*.

Quel est le motif pour lequel un Etat doit ainsi, en défi-

(1) I, p. 266.

nitive, s'incliner devant la souveraineté d'une autre Puissance ? Notre auteur n'en donne pas d'explication. Il était cependant permis de l'attendre puisque, quelques pages plus haut, avait été nettement posé le principe de l'indépendance absolue des Etats et de leurs droits exclusifs de souveraineté.

Si le juge doit se soumettre à l'autorité de la chose jugée d'une sentence rendue dans un autre pays, il est logique d'accorder aussi à cette sentence la force exécutoire. Cette solution est exigée par la précédente, car elles sont toutes les deux la conséquence d'une même idée, qu'un jugement conserve sa valeur, en pays étranger. De Martens refuse cependant de reconnaître autorité au jugement étranger pour la force exécutoire qui pourrait y être attachée, tout en accordant cette autorité relativement à l'*exceptio rei judicatæ* ; il constate, il est vrai, les exceptions apportées par les traités à la règle qu'il pose. Mais ce n'en est pas moins une évidente contradiction.

En *matière criminelle*, le conflit des souverainetés des Etats donne lieu notamment à la question suivante que nous retiendrons seule, comme la plus importante, parmi celles que signale notre auteur : un Etat peut-il être tenu, en principe et en dehors de tout traité, de consentir à l'extradition d'un criminel, qui lui est demandée par une Puissance étrangère ? Il s'agit, en somme, de savoir si l'on fera prévaloir l'intérêt général de la justice et de la protection des sociétés humaines sur le droit rigoureux de souveraineté et l'indépendance absolue d'un Etat. Avant de Martens, nombre d'auteurs notamment Grotius et Vattel, avaient fait découler de la première idée une règle impérative, et avaient considéré l'extradition comme obligatoire en principe.

Notre auteur s'inspirant, au contraire, de la seconde idée, enseigna la doctrine suivie, d'ailleurs, par la plupart des publicistes modernes, qu' « un Etat libre n'est pas rigoureusement obligé de consentir à l'extradition d'un criminel ou prévenu de crimes, à la réquisition d'une Puissance

étrangère ». La matière est donc réglée par des traités dont l'existence même prouve qu'en dehors de leurs dispositions, il n'y a pas d' « obligation parfaite ».

Livre IV. — *Des droits des nations relatifs aux affaires étrangères.* — Ce n'est que dans ce livre que de Martens aborde l'étude des droits fondamentaux des Etats. Il eût été plus rationnel d'en traiter immédiatement après avoir indiqué quelles étaient les personnes du droit international. En effet, ces droits essentiels devaient être examinés avant les droits positifs ou acquis auxquels notre auteur a consacré le livre II. Quant aux droits des Etats, relatifs à leur constitution et à leur gouvernement intérieur (livre III, ils ne sont que la conséquence du droit d'indépendance, qu'il fallait donc faire reconnaître avant eux. Mais, nous le répétons, nous suivons, au moins dans ses grandes lignes, l'exposé doctrinal de notre auteur.

Le droit de sûreté et d'indépendance, le droit d'égalité, le droit de commerce mutuel, tels sont, suivant de Martens, les droits principaux des Etats. Ce sont bien là les trois idées principales qui dominent les rapports internationaux. Le premier droit, droit à l'existence ou indépendance, découle de la nature même des sociétés. Les Etats étant des personnes juridiques, doivent être égaux. Enfin il est nécessaire que les Etats entrent en relations entre eux : d'où le droit de commerce mutuel (1).

I. — En vertu de son *droit de sûreté et d'indépendance*, un Etat est libre de faire pour sa défense tous les préparatifs qu'il juge à propos, libre de conclure des traités ; mais cette dernière liberté subit certaines limitations soit de droit, ainsi en est-il pour les Etats mi-souverains, soit de fait, comme cela a lieu pour des moyens et petits Etats qui, quelque

(1) Comp. Pillet, *Recherches sur les droits fondamentaux des Etats dans l'ordre des rapports internationaux*, *Revue de droit international public*, t. V, pp. 66 et 236, t. VI, p. 503.

souverains qu'ils puissent être en théorie, sont gênés dans leur liberté de contracter par leurs égards envers de grandes Puissances qui les tiennent moralement sous leur dépendance. Les Etats, constate également de Martens, sont libres de s'agrandir soit par occupation, soit par des traités de cession ou d'échange volontaires, soit en vertu de successions.

Au droit des Etats d'agrandir leur territoire nous devons examiner l'importante restriction qu'étudie notre auteur et qui résulte du droit qu'ont les autres Etats d'assurer le maintien de l'équilibre. Maintenir l'équilibre, ce n'est pas seulement recourir à des négociations ou à des moyens pacifiques pour s'opposer à la trop grande puissance d'un Etat, c'est aussi, indique nettement de Martens, le droit de prendre les armes dans ce but. Ce droit qui, de prime abord, paraît bien contraire à l'indépendance et à la souveraineté de l'Etat qui s'agrandit, devait donc avoir son fondement juridique établi et son domaine d'application déterminé. Les nations peuvent s'opposer à l'agrandissement et à l'accroissement des forces de l'une d'elles, lorsque « ces forces menaceraient d'une sujétion formelle ou réelle par l'abus de la supériorité des forces, auquel il ne serait plus temps de remédier un jour en recourant au moyen incertain d'une ligue de plusieurs Etats ». Telle est la justification que donne de Martens du droit qu'ont les Etats de maintenir l'équilibre : c'est une conséquence de leur droit de conservation. Mais la question délicate était de déterminer quand un Etat peut se considérer comme suffisamment menacé pour être en droit d'intervenir à main armée. Notre auteur renonce sur ce point à poser des règles rationnelles ; il se contente, suivant en cela sa tendance positiviste que nous avons déjà maintes fois signalée, d'indiquer les principales solutions admises par les nations, après avoir posé en principe que « c'est à la politique à juger du danger qui menace l'équilibre, et des moyens propres à le conserver ».

En somme, de Martens présente le système de l'équi-

libre comme un fait plutôt qu'il n'en donne une théorie fortement justifiée. Il s'appuie surtout sur l'histoire de cette institution qu'il retrace à grands traits. Observons aussi qu'il ne traite que de l'équilibre continental auquel il eût été intéressant d'opposer l'équilibre maritime, car « c'est sur mer surtout, c'est-à-dire sur un lieu commun à tous, toujours ouvert à tous, où tous se rencontrent forcément, que la tyrannie résultant d'une force prépondérante peut se faire sentir » (1).

II. — Le deuxième droit fondamental des Etats est celui de l'*égalité* théorique de leurs droits. « Entre les nations comme entre les individus il y a une égalité parfaite de droits naturels et absolus ; tous ont le droit d'entreprendre ce qui est compatible avec l'indépendance des autres, et, dans l'état absolu, aucun n'est en droit de les forcer à un acte positif quelconque en sa faveur (2). » De Martens pose donc nettement en principe qu'une nation, quelque puissante qu'elle puisse être, n'est pas en droit d'exiger d'une autre des démonstrations positives d'honneur ; elle n'a aucun droit de préséance sur la plus faible. Mais notre auteur explique les raisons qui ont fait accorder à certaines nations des honneurs particuliers, un droit de préséance ; et, à ce sujet, il examine les diverses dignités, impériale, royale, etc, se plaisant à retracer l'histoire des querelles auxquelles la préséance a donné lieu. Le juriste, serait-on tenté de dire, a fait place ici au diplomate ; les détails pratiques abondent, en effet, et on ne trouve pas de réponse à la question de savoir quel est le principe, ou plutôt le *modus vivendi* qui devrait être adopté pour prévenir les disputes de cours qui ont pris, surtout autrefois, une réelle gravité. Pourquoi une nation doit-elle passer avant les autres, puisque, dans certaines circonstances, une préséance peut

(1) Hautefeuille, *Des droits et des devoirs des nations neutres*, I, p. 337.

(2) De Martens, I, p. 337.

être nécessaire ? Parce qu'elle est plus puissante, sans doute. Mais il faut apprécier la puissance. Sera-ce par l'étendue du territoire, par la richesse, par l'importance du commerce ? L'élément de puissance auquel on pourrait se reporter, parce qu'il est le plus simple et le moins susceptible de soulever des constations, serait celui de la population.

III. — Il ne suffit pas que les nations jouissent de l'indépendance, qu'elles aient théoriquement des droits égaux, c'est un besoin pour elles d'entrer en relations les uns avec les autres ; elles auront donc comme troisième droit essentiel, dit de Martens, celui d'établir entre elles des rapports commerciaux.

Qu'entend notre auteur, par *droit de commerce* des nations?

Par les considérations qu'il place en tête de son chapitre, il annonce nettement qu'il envisage le commerce des nations en tant qu'échange de divers produits. Aussi prend-il soin de distinguer la liberté de commerce telle que la comprend l'Economie politique (exemption de droits de douane pour les marchandises entrant dans un pays ou en sortant), de la liberté de commerce, au sens du droit international, qui ouvre l'accès du territoire aux étrangers, leur permet d'y transporter des marchandises, et d'y faire le commerce sur le même pied et avec les mêmes avantages que les nationaux.

Mais notre auteur ne tarde pas à confondre deux notions, qu'au moins pour la précision des idées, il importait de séparer : en même temps que de la liberté de commerce, échange des marchandises, il parle de cette liberté de commerce, plus large, qui consiste en ce que les Etats permettent aux étrangers l'accès de leur territoire, en leur reconnaissant une capacité juridique, et l'application de leur statut personnel. Sans doute, la liberté du commerce des marchandises n'ira pas sans cette liberté plus générale laissée aux étrangers ; mais elle s'en distingue certainement, c'est une liberté spéciale.

On peut aussi considérer le commerce des nations, non plus au point de vue des relations privées des nationaux des différents Etats, mais lorsque les Etats entrent en rapports diplomatiques et traitent de leurs intérêts généraux. Notre auteur l'examinera sous cet aspect, surtout dans le livre VI relatif aux négociations à l'amiable et diplomatiques.

Puisque de Martens s'arrête principalement à la notion de l'échange des produits entre les nations, précisons sur ce point sa doctrine. Après avoir constaté l'influence du commerce étranger sur le bien-être des citoyens et la richesse de l'Etat, il reconnaît que la loi naturelle impose à chaque nation « une obligation générale, mais vague et imparfaite, de ne pas se refuser au commerce des autres, lorsque ce commerce ne lui est pas nuisible ». Ici encore à la loi naturelle nous voyons opposer le droit strict. Il n'y a pas, en effet, d'obligation parfaite pour un Etat d'être en commerce avec les autres, ou, sans s'y refuser absolument, il peut attacher à ce commerce telles restrictions qu'il juge conformes à ses intérêts. Un Etat peut aussi convenir de faire exclusivement avec un autre tel commerce déterminé. Mais jusqu'à ce que de semblables restrictions aient été apportées, toutes les nations ont le droit de faire le commerce entre elles; une tierce Puissance ne saurait valablement les en empêcher. « C'est là, dit notre auteur, ce qui constitue la *liberté naturelle du commerce* des nations ».

La notion de la liberté du commerce conduit de Martens à étudier l'institution des consuls, qui en est, en effet, une conséquence nécessaire. L'origine, les attributions des consuls sont exactement indiquées; et, comme cela s'imposait, les consuls envoyés au Levant ou en Barbarie sont compris dans une catégorie spéciale.

Mais quel est, d'après notre auteur, le caractère des consuls? Il reconnaît bien que les consuls sont des agents de l'Etat. Il était trop évident qu'ils ne sont pas, comme à l'origine, en quelque sorte des fondés de pouvoirs, des gérants d'affaires ou des arbitres des nationaux commerçants

à l'étranger. De Martens admet donc que le droit de nommer des consuls est un droit de souveraineté qui n'est plus accordé aux villes municipales ou n'appartient plus aux compagnies de commerce. Les consuls, dit-il, sont sans doute « des ministres publics de l'Etat qui les nomme » ; mais « en tant qu'ils sont chargés par lui des affaires de son commerce, on ne peut pas les mettre de pair avec les ministres (agents diplomatiques), même avec les chargés d'affaires ».

La pensée de notre auteur nous paraît assez indécise, car il est fort difficile de préciser la différence qu'il établit entre le caractère juridique des consuls et celui des agents diplomatiques (que notre auteur désigne sous le nom de ministres publics). Il spécifie bien que les consuls se distinguent en ce qu'ils ne sont point légitimés par des lettres de créance, mais seulement par des lettres de provision, qu'ils sont, en règle, assujettis à la juridiction civile et criminelle de l'Etat où ils résident, qu'ils doivent payer les impôts, etc. Mais nous voyons là simplement des conséquences de la moindre importance de la mission des consuls, qui ne peuvent nous faire connaître en quoi le caractère des consuls diffère de celui des agents diplomatiques.

La véritable question est de savoir si le consul est un représentant de l'Etat dont il relève, s'il personnifie cet Etat à l'étranger, s'il l'engage par sa parole, ou s'il est seulement un fonctionnaire envoyé pour protéger les nationaux dans un autre pays, pour remplir certaines fonctions déterminées. C'est ce second caractère qui nous paraît devoir être attribué au consul (sauf lorsqu'exceptionnellement il est accrédité comme chargé d'affaires, cas dans lequel le caractère diplomatique domine le caractère consulaire). En effet, l'agent diplomatique a qualité pour rompre, s'il le juge à propos, les relations avec l'Etat auprès duquel il est accrédité, tandis que le consul, pour cesser ses fonctions, doit en avoir reçu l'ordre de son gouvernement. Les consuls ne personnifient donc pas l'Etat, leur parole n'engage pas l'Etat comme celle des agents diplomatiques.

Cette différence du caractère juridique résulte elle-même de la différence des fonctions. Les agents diplomatiques ayant pour mission de faire valoir et de défendre, à l'étranger, les intérêts de la nation tout entière, de la collectivité constituant la personne Etat, on conçoit aisément qu'ils parlent et agissent véritablement pour l'Etat ; tandis que les consuls ont pour mission de protéger les nationaux, des particuliers (et indirectement l'Etat) ; on comprend donc qu'ils n'aient pas le pouvoir de prendre une attitude politique pouvant engager l'Etat dont ils sont les agents.

De Martens entend-il considérer les consuls seulement comme des fonctionnaires ? L'ensemble de ses explications porterait plutôt à le penser.

Livres : V. *Des droits relatifs à la personne et à la famille des souverains.* — VI. *Des négociations à l'amiable et diplomatiques.* — VII. *Des Ambassades.* — Les livres V, VI et VII de l'ouvrage de de Martens sont consacrés au commerce diplomatique ou international. Il eût été d'une meilleure méthode de réunir les matières traitées dans ces trois livres sous un titre général, expression de l'idée maîtresse qui les dominait.

Au-dessus des peuples libres et souverains, il n'y a pas de législateur, de juge et de puissance publique supérieurs. La plupart du temps, c'est seulement en vertu de leur consentement que les Etats seront soumis à des obligations; et chaque Etat devra assurer le respect de ses droits. A faire naître ces obligations, à en assurer l'accomplissement tend le commerce diplomatique que l'on peut considérer au point de vue soit des modes et des formes des négociations, soit des personnes représentant un Etat auprès des autres.

I. — Aux *modes et aux formes des négociations* de Martens consacre son livre VI. C'est avec justesse qu'il distingue le cas où des négociations interviennent seulement entre les Puissances qui sont en conflit sur une question déterminée, de celui dans lequel intervient une tierce Puis-

sance dont le rôle variera suivant qu'elle agira de son initiative en interposant simplement ses bons offices, ou qu'elle sera choisie par les parties pour leur servir soit de médiatrice, soit de juge compromissoire chargé de prononcer une sentence conforme au droit et obligatoire.

Les différents genres d'écrits, le style et le langage diplomatiques, auxquels notre auteur consacre des développements superflus, nous semble-t-il, dans un « Précis du Droit des gens », donnent lieu au simple exposé d'usages ne soulevant guère la discussion de principes juridiques, bien qu'ils aient été parfois la cause de difficultés entre Etats.

II. — Dans les livres V et VII, de Martens traite *des personnes qui ont qualité pour représenter un Etat à l'étranger*, c'est-à-dire des chefs d'Etat et des ambassadeurs ou agents diplomatiques. Mais il aurait mieux montré que les uns et les autres sont des représentants, s'il n'avait pas séparé par le livre VI les explications qu'il leur consacrait.

1° *Les souverains et chefs d'Etat* sont, à l'égard des nations étrangères, la personnification, pour ainsi dire l'incarnation de leur pays. C'est cette idée que notre auteur aurait dû mettre en lumière, dès le début, pour en faire découler, comme autant de conséquences, les privilèges ou prérogatives attachés à la personne des souverains. Il formule la règle que les souverains, pendant leur séjour en pays étranger, ont le droit de conserver leur indépendance personnelle et sont exempts des lois et de la juridiction de ce pays. La raison d'être de ces privilèges, dit-il, est qu'un souverain est censé n'avoir pas quitté ses Etats, c'est-à-dire jouir de l'exterritorialité. Mais l'exterritorialité est une fiction. Une fiction ne saurait jamais constituer qu'un expédient pour suppléer à une vérité juridique que l'on ne peut connaître ou que l'on ne veut rechercher. Il resterait à expliquer pourquoi un souverain est censé continuer à résider dans son pays. La fiction de l'exterritorialité n'expli-

que rien ; elle n'est pas nécessaire, et doit par suite être rejetée.

Les immunités dont jouissent les chefs d'Etats sont directement fondées sur ce que des égards particuliers leur sont dus en raison de leur haute dignité, et surtout parce qu'ils personnifient leur nation. Il est conforme au principe d'indépendance et de respect mutuel des Etats qu'un monarque ou un président de République, qui représente une souveraineté nationale, ne soit pas soumis à la souveraineté d'un autre Etat.

Mais un chef d'Etat a en lui comme une double personnalité : il a un caractère public, il est le représentant d'une nation ; il est aussi une personne de droit privé, et capable d'avoir des droits et des obligations semblables à ceux des autres particuliers.

En tant que personne de droit privé, un chef d'Etat sera-t-il soumis à la juridiction étrangère ? Voici ce qu'à ce sujet décide de Martens.

D'abord, en ce qui concerne la personne elle-même du chef d'Etat, comme la personne souveraine est bien évidemment inséparable de celle du droit privé, il ne peut jamais être porté atteinte à la personne du chef d'Etat, sous prétexte qu'il devrait être considéré, en un cas donné, comme simple particulier.

Pour les biens, au contraire, il est possible d'adopter une règle différente suivant qu'il s'agit des droits de la personne souveraine ou de ceux de la personne privée. Aussi de Martens admet-il avec raison que les immeubles qu'un souverain possède à l'étranger sont soumis à la juridiction de l'Etat où ils sont situés. Mais, par une contradiction qui surprend, notre auteur ajoute que, « s'il s'élève des contestations entre deux souverains par rapport à leurs biens privés, il en est comme des disputes qui surviennent immédiatement de nation à nation ;... la légitimité doit se juger d'après les mêmes principes qui ont lieu, en général, dans la défense et la poursuite des droits de nation à na-

tion (1) ». Si, notamment pour les immeubles qu'ils possèdent à titre privé en pays étranger, les souverains sont soumis à la juridiction de ce pays, ainsi que de Martens a commencé par le poser en règle, il est inadmissible qu'une contestation relative à ces biens puisse être la cause d'une dispute d'Etats, et légitimer même une guerre. Pourquoi la nation prendrait-elle fait et cause pour défendre les droits privés du chef d'Etat? On ne peut qu'appliquer aux souverains ce que de Martens dit fort judicieusement pour les membres de leur famille : « le droit des gens n'est pas violé lorqu'un souverain embrasse la juste cause des membres de sa famille dans des cas où il serait en droit de protéger le moindre de ses sujets ». Un souverain ne pourra donc élever une dispute d'Etat au sujet de ses biens privés que lorsqu'il aurait pris la défense d'un de ses nationaux, qui se serait trouvé dans une situation semblable.

2° Si les souverains ou chefs d'Etat sont les représentants de leur nation, ce ne sont pas eux qui, la plupart du temps, engagent les relations internationales, négocient et réglent les affaires de leur pays. Les rapports personnels des chefs d'Etat, s'ils étaient toujours possibles, n'iraient pas sans de graves inconvénients, empêcheraient plutôt le succès des négociations. Aussi les chefs d'Etat se mettent-ils en rapport par l'intermédiaire de mandataires officiels munis de pleins pouvoirs (2). De Martens « emploie particulièrement le terme de ministre ou ministre étranger, pour désigner celui qui est envoyé près d'un Etat étranger, ou à un congrès, pour y traiter des affaires publiques ». Parfois aussi il appelle ces ministres agents diplomatiques. Il a

(1) II p. 14.

(2) Les chefs d'Etat sont des représentants de leur pays. Les agents diplomatiques sont les mandataires des chefs d'Etat à l'étranger, et, par application des règles du mandat, ils ont certains pouvoirs appartenant aux représentants ; par délégation, ils sont, en définitive, eux-mêmes des représentants.

surtout en vue, dans ses explications, les agents diplomatiques permanents.

a) Une première question se posait : à qui appartient le droit d'envoyer des ambassades ou des ministres publics auprès des autres Puissances ? La réponse nous paraît correctement donnée par notre auteur : « Le but propre et primitif des ambassades, dit-il (1), indique assez que tous ceux qui sont autorisés à traiter en leur propre nom avec les Puissances étrangères doivent aussi avoir le droit d'envoyer des ministres ; que par conséquent non seulement les Etats entièrement souverains, mais aussi ceux qui, sans jouir d'une souveraineté entière, sont en possession du droit de la guerre, de la paix et des alliances, doivent en jouir ».

Dans un Etat le droit d'envoyer des ambassadeurs appartient, nous l'avons vu, au monarque ou au président de la République ; en cas d'interrègne, à ceux qui, d'après la Constitution, ont le droit de gouverner. Mais à qui faut-il le reconnaître lorsque, par suite d'une guerre civile, le gouvernement de droit cesse, en fait, d'être le maître, et ne peut rester au pouvoir ? Lorsqu'il s'est agi de la reconnaissance politique soit d'un nouveau gouvernement issu d'une révolution, soit de provinces devenues indépendantes, nous avons vu de Martens distinguer le gouvernement de droit et le gouvernement de fait, pour décider qu'en traitant avec ce dernier les autres Etats n'entendaient point cependant le déclarer gouvernement légitime. Cette solution que nous avons approuvée ne se trouve pas en harmonie avec celle qu'adopte ici notre auteur. Il ne distingue plus gouvernement de droit et gouvernement de fait. Aussi sa conclusion est-elle qu'un Etat, en recevant des agents diplomatiques d'un gouvernement de fait, le reconnaît comme gouvernement légitime. Nous pensons, au contraire, logiquement avec ce que nous avons dit au sujet de la reconnaissance politique, qu'en envoyant des agents diplomatiques auprès

(1) II, p. 38.

d'un gouvernement qui a usurpé le pouvoir, ou en en recevant de lui, un Etat ne fait que sauvegarder ses intérêts en se mettant en relations avec ceux qui, dans le moment présent, sont le plus capables de faire observer les traités.

b) Une deuxième question principale est examinée par notre auteur au sujet des agents diplomatiques : celle de leur caractère et de leurs différents ordres.

Tous les agents diplomatiques envoyés par les Etats ont-ils le même caractère ? De Martens répond fort justement : « Le droit des gens universel ne connaît point de division de ministres en différents ordres ; il les considère tous comme chargés des affaires de l'Etat qu'ils représentent, mais seulement quant aux affaires dont la gestion leur est confiée : c'est de cette qualité qu'il fait descendre les différents droits qu'il leur attribue ». Cependant « le droit des gens positif de l'Europe a introduit plusieurs classes ou ordres de ministres distingués par la diversité du grade de leur représentation et du cérémonial dont ils jouissent ». Et notre auteur retrace l'histoire des événements qui ont fait admettre cette distinction entre les différents ordres de ministres.

Tous les agents diplomatiques ont donc ce caractère commun de représenter l'Etat des affaires duquel ils sont chargés. Mais il n'est pas contradictoire avec cette affirmation, d'opérer entre eux, en suivant de Martens, un premier classement basé sur l'étendue plus ou moins grande de la mission et des pouvoirs donnés. C'est ainsi que notre auteur distingue « les ministres qui jouissent du caractère représentatif au suprême degré », qui représentent l'Etat d'une façon générale, et ceux qui « ne représentent le gouvernement ou l'Etat qui les envoie que relativement aux affaires pour lesquelles ils sont mandataires ou porteurs de pouvoirs, ou du moins ne le représentent que vaguement au-delà ».

A côté de celui-là, de Martens fait un autre classement purement formel, dépendant des honneurs plus ou moins distingués dont jouissent les agents diplomatiques. Pinheiro-

Ferreira n'admet point qu'on puisse faire une division d'après ce dernier caractère ; elle ne serait, dit-il avec vivacité de langage, « qu'une puérile imposture ; on serait ambassadeur parce qu'on jouit de certains honneurs ; et on jouirait de certains honneurs parce qu'on est ambassadeur ». Mais nous ne voyons pas plus de difficulté à reconnaître avec de Martens que des agents peuvent se classer d'après des distinctions purement honorifiques, qu'à admettre, dans un État, des préfets de 1re, de 2e ou de 3e classe, bien qu'ils remplissent tous la même nature de fonctions. D'ailleurs, la décision du Congrès d'Aix-la-Chapelle de 1818, qui a ajouté aux trois ordres d'agents diplomatiques signalés par le Congrès de Vienne le quatrième ordre des ministres résidents, en s'appuyant sur ce motif que le cérémonial était différent de celui des trois autres ordres, avait bien entendu qu'une différence dans la nature ou l'étendue des fonctions n'était pas nécessaire pour légitimer des honneurs différents.

Nous croyons qu'il y a lieu d'adopter, en effet, ces deux classements, tout en reconnaissant qu'il pourra y avoir coïncidence entre eux, puisque les agents diplomatiques qui « représentent l'Etat au suprême degré », seront également ceux auxquels seront dus les plus grands honneurs.

Cependant notre jugement manquerait d'impartialité si nous ne remarquions que notre auteur n'expose pas les notions que nous avons dégagées, avec une netteté suffisante, ce qui lui a valu les critiques de son commentateur Pinheiro-Ferreira.

c). Quel que soit l'ordre auquel appartienne l'agent diplomatique, il est donc le représentant de l'Etat à l'étranger, il a une mission qu'il doit pouvoir remplir en toute indépendance. Aussi de tout temps a-t-il été reconnu que sa personne était inviolable et qu'il devait jouir de certaines immunités. C'est ce qu'indique de Martens.

Pour déterminer ces immunités, on peut concevoir deux

systèmes. L'un consiste à accorder des immunités à l'agent diplomatique (c'est-à-dire à fixer les cas dans lesquels il est soustrait à la juridiction territoriale), en prenant comme base de la détermination leur nécessité pour assurer l'indépendance de l'envoyé. Les agents diplomatiques resteraient donc soumis à la souveraineté territoriale quand ils n'y seraient pas spécialement soustraits en vertu d'immunités nécessaires.

Le second système repose sur une fiction d'après laquelle l'agent diplomatique est censé continuer à demeurer sur le territoire de l'Etat qu'il représente, et par conséquent être soustrait, en principe, à la souveraineté de cet Etat. Chaque fois qu'il y sera soumis, ce sera donc une exception à ce principe. C'est sur cette fiction d'exterritorialité que notre auteur fait reposer sa théorie. Mais cette fiction est-elle nécessaire pour justifier les immunités des agents diplomatiques ? Non, nous l'avons déjà dit au sujet des souverains et chefs d'Etat, une fiction n'est pas une explication ; elle doit, au contraire, être elle-même expliquée et justifiée. La notion de l'exterritorialité ne peut être absolument appliquée (1). Elle consacre, en outre, de véritables abus : par exemple, des créanciers ne pourront, en principe, poursuivre le recouvrement de dettes contractées, à titre purement personnel, par un agent diplomatique sur les biens qu'il possède, comme simple particulier, dans le pays où il exerce ses fonctions. L'indépendance du ministre serait-elle donc atteinte par ces poursuites complétement étrangères aux fonctions qu'il exerce ?

Cependant, en raison, de Martens doute du bien fondé de la notion d'exterritorialité : « On ne saurait prouver, dit-il d'une manière convaincainte que, d'après le droit des gens universel et rigoureux, le ministre soit exempt de toute juridiction civile de l'Etat dans lequel il réside ».

Le criterium que nous adopterions pour déterminer les

(1) V. Heffter, p. 101.

immunités des agents diplomatiques est donc celui de la nécessité de ces immunités pour sauvegarder l'indépendance de l'agent. Par suite, il est hors de doute qu'il y a lieu « d'exempter le ministre étranger de la juridiction *criminelle* de l'Etat auprès duquel il réside », car il n'aurait plus la liberté de sa personne, indispensable à l'accomplissement de sa mission. Devra-t-on également l'exempter de toute juridiction civile? Non certainement; et de Martens indique les biens pour lesquels l'agent diplomatique sera soumis à la juridiction territoriale, sans chercher à concilier cette solution avec la notion d'exterritorialité.

Quant à l'immunité de juridiction qu'il peut y avoir lieu d'accorder aux gens de la suite du ministre, la doctrine de notre auteur nous paraît aussi fort incertaine. Malgré son opinion « que le but des missions n'exige pas d'une manière absolue que les gens de la suite du ministre soient exempts de toute juridiction civile de l'Etat auprès duquel il réside », il s'incline devant l'usage qui accorde une immunité civile à tous les gens attachés à la mission.

Livre VIII. — *De la défense et de la poursuite des droits entre les nations par des voies de fait.* — De Martens consacre ce livre à l'étude de la sanction effective des obligations du droit international. Il a examiné précédemment les moyens amiables de résoudre les conflits entre Etats (négociations, bons offices, médiation, compromis); maintenant il sera question de l'emploi de la force par l'Etat qui veut faire triompher ce qu'il estime ou prétend être son droit.

I. — Avant de se résoudre à déclarer la guerre, les Etats peuvent employer des moyens de coercition moins violents, parmi lesquels notre auteur signale seulement la rétorsion et les représailles.

Par la rétorsion et les représailles une nation use vis-à-vis d'une autre de moyens analogues à ceux qui ont été employés à son égard, à une violation d'obligation elle ré-

pond par une violation d'obligation. Mais, dit notre auteur, la *rétorsion* peut être pratiquée quand un Etat a manqué à des devoirs d'équité ou d'humanité, c'est-à-dire à une « obligation imparfaite » envers un autre ; ce dernier pourra à son tour violer des devoirs d'équité, des usages semblables ou différents, une obligation imparfaite, dans le but de faire cesser les actes d'iniquité dont il est victime.

De Martens attache évidemment plus d'importance aux *représailles* (1) qui sont exercées lorsque, un Etat ayant manqué à quelque « obligation parfaite » envers un second Etat, celui-ci viole une obligation parfaite qu'il avait à l'égard du premier pour le contraindre à donner la satisfaction ou la réparation due.

Ne suivant pas ici sa méthode historique, notre auteur ne nous montre pas le rôle qu'a joué dans le passé l'institution des représailles, ce qu'il eût été cependant fort intéressant de connaître, et très utile pour apprécier la légitimité et le mode d'exercice de cette voie de coercition.

Deux formes principales de représailles devaient, nous semble-t-il, en raison de leurs caractères spéciaux, être nettement distinguées. Un Etat peut exercer des représailles directement contre un autre Etat, contre une collectivité entière. Des représailles ne peuvent alors qu'être reconnues légitimes comme moyen de contrainte nécessaire. Mais elles peuvent consister, et de Martens ne les étudie guère que sous cette forme, à séquestrer et à saisir soit des sujets, soit des biens privés ennemis. Certains particuliers vont alors avoir à supporter seuls les conséquences d'une faute de l'Etat dont ils sont les sujets ; ils seront, en fait, rendus personnellement responsables d'un acte imputable à l'Etat. Est-ce juste et conforme au droit des gens ? A vrai dire, de Martens ne pose pas la question. Il

(1) Bien qu'il ne soit question ici que des représailles exercées en temps de paix, certaines de nos observations pourraient s'appliquer également aux représailles en temps de guerre. De Martens n'a pas traité de ces dernières.

se contente d'enregistrer l'usage admis dans la pratique : « Comme tout sujet ou citoyen, dit-il, répond de sa personne et de ses biens pour les dettes et les torts de l'Etat dont il est membre, ce n'est pas l'Etat seul, ou celui de ses sujets duquel on se plaint, c'est le particulier même innocent qui peut servir d'objet de représailles. » Aucune justification n'est donnée à cette règle. Cependant, de même que la guerre ne se fait qu'entre Etats, pourquoi les représailles n'atteindraient-elles pas seulement et directement les Etats ? C'est une question qui avait préoccupé la plupart des auteurs qui ont écrit sur la matière, notamment Grotius (1), Pufendorf (2).

Pour justifier ce droit de représailles sur les biens privés et sur les particuliers ennemis, on a invoqué parfois une idée de solidarité nationale, en s'appuyant sur le raisonnement suivant : une injure faite au citoyen d'un Etat est censée adressée à l'Etat lui-même ; c'est à cet Etat à prendre fait et cause pour son national offensé. Par conséquent, et à titre de réciprocité, lorsqu'un Etat veut obtenir réparation de la part d'un autre Etat, il peut s'en prendre à tous les sujets de ce dernier, car ils répondent solidairement pour lui de la même façon que, dans le cas précédent, l'Etat avait répondu pour eux. A notre sens, c'est abuser de l'idée de solidarité nationale. Il est bien exact que l'Etat est le représentant des individus qui le composent : l'Etat doit, en effet, demander réparation du dommage contraire au droit des gens, causé à l'un de ses nationaux en pays étranger. Il faut aussi décider que l'Etat doit répondre d'une faute dont un de ses agents se serait rendu coupable envers une autre Puissance. Mais l'idée de solidarité nationale ne va pas jusqu'à faire de tous les citoyens pris individuellement des représentants de l'Etat auquel ils appartiennent ; ils ne peuvent donc pas personnellement

(1) *Droit de la guerre et de la paix*, liv. V, chap. II.
(2) *Droit de nature*, liv. VIII, chap. VI, § 13.

répondre de la violation d'une obligation, commise par l'Etat dont ils relèvent. En un mot, l'Etat représente ses nationaux ; mais ceux-ci ne représentent pas l'Etat (1).

Va-t-on alors déclarer illégitimes toutes les représailles exercées sur les personnes des particuliers et sur les propriétés privées ? Non, car si un particulier ne peut, en étant l'objet de représailles, supporter d'une façon irrémédiable et définitive une charge qui devrait peser sur la nation dont il fait partie, il peut être pris comme l'intermédiaire par lequel on atteindra l'Etat : s'il est lésé, ce ne sera que momentanément, et le dommage définitif sera supporté par l'Etat qui équitablement devra indemniser (mais c'est là une question de droit interne) son national du dommage que lui aura causé l'Etat auteur des représailles.

Distinction purement théorique, dira-t-on : qu'importe qu'on accorde à un Etat le droit d'exercer des représailles sur des particuliers en vertu de l'idée de solidarité nationale, ou parce que les particuliers seront des intermédiaires par lesquels on atteindra l'Etat ? Cette distinction présente, au contraire, un intérêt véritable que, guidé par son bon sens, de Martens nous indique sans pourtant avoir exposé les deux théories que nous venons de signaler. « S'il est permis, dit-il, de saisir les biens et même de détenir la personne de tels particuliers, en laissant à leur Etat le soin de les indemniser, il ne l'est pas de les priver de la vie, ou à perpétuité de leur liberté. » Pourquoi un Etat n'a-t-il pas ce

(1) En cas de guerre, bien évidemment les nationaux combattants ont à répondre pour l'Etat au prix même de leur vie. Mais il en est ainsi parce qu'on les considère alors comme agents de l'Etat, et non plus comme de simples particuliers. Les simples particuliers c'est-à-dire les non-combattants, sont protégés par les lois de la guerre contre les armes ennemies. De même que les non-combattants en temps d'hostilités, les particuliers, objet des représailles, ne sont pas, en général, des agents de l'Etat, et ont droit au moins à semblable protection (V. Bonfils et Fauchille, *Manuel de droit international public*, 1901, n° 1047).

dernier droit, si ce n'est parce que les individus seraient personnellement frappés d'une façon irrémédiable et définitive, parce qu'ils ne pourraient plus être considérés comme des intermédiaires par lesquels on veut atteindre l'Etat ?

II. — Les représailles et les autres voies de coercition que de Martens passe sous silence, seront souvent insuffisantes pour forcer un Etat à accorder la satisfaction réclamée. La *guerre* deviendra nécessaire pour sanctionner les obligations de droit international.

Qu'est la guerre ? « Un Etat permanent de violences indéterminées entre les hommes », répond de Martens. « La loi naturelle, ajoute-t-il, ne défend, dans la généralité, aucun moyen qui, d'après les circonstances, peut tendre à nous procurer une paix satisfaisante. » Nous ne saurions admettre cette définition. Non, si l'on se trouve en présence de nations quelque peu civilisées, la guerre n'est pas ou ne doit pas être seulement l'exercice de violences par deux peuples l'un contre l'autre. Elle n'est et ne doit être qu'un moyen mis au service du droit, pour forcer un Etat à l'observation de ses obligations internationales. Elle consiste à paralyser les forces de l'ennemi pour le contraindre à accorder la satisfaction réclamée. Par suite, l'Etat qui fait la guerre n'aura que les droits nécessaires pour atteindre ce but.

De Martens, il est vrai, vient atténuer la rigueur de sa théorie. Comme il est des moyens, admet-il, qui augmentent sans nécessité les maux de la guerre, ou dont le mal auquel ils exposent les deux parties surpasse les avantages qu'on pourrait en espérer, il est passé soit dans les conventions, soit dans les usages, d'apporter des modifications et des restrictions aux moyens que permettait pourtant la loi naturelle. Et, pour notre auteur, ce sont ces modifications et ces restrictions apportées par le droit positif à la loi naturelle, qui constituent les lois de la guerre.

Il nous paraît que les lois de la guerre ne sont pas de pures créations du droit positif contraires à la loi natu-

relle. Elles sont dictées par la raison, par une intelligence plus vraie de ce que doivent être les moyens de procéder dans les guerres. Et le droit positif signalé, loin d'être en opposition avec la loi naturelle, ne vient que la confirmer et la préciser.

En somme, de Martens, après être parti d'une notion inexacte d'après laquelle la guerre serait, en principe, affranchie de toutes lois, suit sa méthode d'adopter ce qui est consacré par l'usage des nations, et en vient à poser de nombreuses lois de la guerre (par exemple, pour déterminer les combattants, les armes permises etc.). Finalement, sa définition « la guerre est un état de violences indéterminées » s'efface devant les usages et les règles de droit positif qu'il mentionne; ainsi contredite, elle ne saurait être maintenue.

1° La guerre a ses lois dans ses causes et dans ses procédés.

a). Pour qu'il y ait juste motif de guerre, il faudra que l'Etat auquel elle est déclarée, ait violé « une obligation parfaite... Aucune violation d'un simple devoir de morale, de politesse ou de bienséance ne peut, dit notre auteur, être considérée comme une raison justificative pour faire la guerre ».

b). La guerre a ses lois dans ses procédés.

En cette matière, nous dégageons chez notre auteur deux idées dominantes : la guerre ne doit se faire que d'Etat à Etat ; les moyens de guerre ne sont légitimes qu'autant qu'ils sont nécessaires pour réduire et paralyser les forces de l'ennemi, de manière à le contraindre à accorder la satisfaction réclamée. Ces deux idées, sans doute de Martens ne les expose pas spécialement dès le début de ses explications, mais il s'en inspire évidemment à maintes reprises. Il applique la première pour déterminer les personnes qui peuvent prendre part à la guerre, et les personnes contre lesquelles peuvent être commis des actes d'hostilité. En vertu de la seconde il proscrit les guerres à mort. Les deux senti-

ments d'humanité et d'honneur ou loyauté, que de Martens ne mentionne guère, sont le fondement d'autres lois de la guerre : un motif d'humanité interdit de faire supporter aux combattants ennemis des souffrances trop cruelles, détermine les armes prohibées, réprouve l'emploi du poison, etc. ; sont contraires aux règles de l'honneur tout manquement à la parole donnée, tout abus des signes d'inviolabilité, etc.

La règle précédemment énoncée qu'un Etat ne peut employer que les moyens de guerre nécessaires pour paralyser les forces de l'ennemi, devait, nous semble-t-il, être particulièrement observée au cas d'*occupation* d'une partie du territoire ennemi. De Martens énumère les droits de l'Etat occupant ; c'est avec raison qu'il l'autorise à se mettre en possession des biens publics de l'Etat envahi, et à percevoir des habitants des contributions de guerre ; ce sont là des actes nécessaires pour poursuivre les hostilités. Mais, lisons-nous encore, « l'ennemi en se rendant maître d'une province ennemie, peut aussi changer la Constitution actuelle de l'Etat, se faire prêter hommage par les habitants, exercer sur eux différents droits de souveraineté, en donnant des lois, frappant des monnaies, levant des recrues, etc. ». C'est ce qui est inadmissible. Ces droits ne pourraient résulter que d'une conquête définitive ; ils ne sauraient être donnés par une occupation provisoire. Ce sont là deux situations bien distinctes évidemment, et cependant confondues par de Martens.

En ce qui concerne les propriétés privées, malgré la règle que la guerre ne doit se faire que d'Etat à Etat, il reconnaît, en principe, au belligérant envahisseur le droit de s'en emparer, selon qu'il le jugerait à propos. Nous repoussons cette solution. Car l'Etat occupant, en devenant momentanément le maître du territoire occupé, ne peut que substituer provisoirement sa souveraineté à celle de l'Etat envahi. Il ne saurait donc avoir sur les propriétés privées plus de droits que n'en avait ce dernier Etat. Or celui-ci,

c'est ce que décident la plupart des législations, ne pouvait spolier les particuliers de leurs biens. L'Etat occupant ne doit donc pas jouir de ce droit. (Bien entendu, ce qui précède n'empêche pas le droit pour l'Etat occupant de réquisitionner des biens utiles à la guerre.)

Contrairement à la doctrine erronée de de Martens, il est plus exact de dire avec Geffcken (1) : « La puissance conquérante prend simplement le système gouvernemental tel qu'il existe dans le territoire occupé et se charge de l'appliquer. C'est donc la législation du territoire occupé qui reste en vigueur jusqu'à la décision finale, à moins que le vainqueur n'en suspende quelques stipulations dans l'intérêt de la conduite de la guerre. »

Dans les guerres maritimes, en vertu même des traités, on reconnait aux Etats belligérants des droits plus étendus sur les propriétés privées ennemies, que dans les guerres continentales. L'Etat ennemi a le droit rigoureux de saisir les navires marchands et leur cargaison appartenant aux sujets paisibles de la nation ennemie, et de les condamner comme étant de bonne prise. Selon de Martens, ce droi, de confisquer les propriétés privées ennemies sur mert serait fondé sur ce que, à la différence de ce qui a lieu dans les guerres continentales, on ne peut, dans les guerres maritimes, frapper les particuliers de contributions de guerre. Mais le motif est bien insuffisant : l'impossibilité de percevoir des contributions de guerre serait abusivement compensée par ce droit de confiscation.

Il fallait donc trouver une autre justification de l'usage unanime des nations, qui accordait aux belligérants le droit de s'emparer des navires marchands de l'ennemi. Ou même pouvait-on justifier cet usage ? A l'époque de de Martens, si l'on ne constatait pas encore dans les idées l'important mouvement qui s'est produit depuis en faveur de l'inviolabilité de la propriété privée ennemie sur mer, il y avait

(1) Geffcken sur Heffter, *op. cit.*, p. 500 n. 1.

déjà des défenseurs de cette doctrine, et la question était assez capitale pour devoir être posée. Ce droit de confiscation ne serait-il pas un équivalent de l'occupation du territoire ennemi ? A la place de celle-ci, ne serait-il pas un moyen de contrainte nécessaire pour obtenir satisfaction le plus promptement possible et diminuer la durée des hostilités ? Notre auteur aurait eu alors à se demander si, en accordant le droit de confiscation, on ne dépassait pas le but visé. Pour répondre aux nécessités de la guerre, il suffirait d'autoriser à séquestrer les navires marchands ennemis, au besoin à les réquisitionner (mais sans leurs équipages). Telle est, à notre avis, la mesure de ce qui peut être nécessaire, et par conséquent permis, pour paralyser les forces de l'ennemi. Ce serait une dépossession provisoire des propriétaires de navires et cargaisons ennemis, de même qu'est seulement provisoire l'occupation du territoire envahi (1).

La question de la confiscation des biens privés ennemis sur mer donne lieu à de Martens de parler des armements en course. Il constate que « les Etats maritimes sont dans l'usage d'engager des particuliers à des armements en course, excités par l'appât du butin et des récompenses ». Les abus presque inséparables de ces armements, remarque-t-il, ont fait penser quelquefois à leur abolition. Notre auteur se borne donc à exprimer un doute sur la légitimité de cette institution. Il devait cependant d'autant plus exposer sur ce point sa doctrine que plusieurs traités qu'il cite, avaient déjà aboli les armements en course.

2° Une guerre ne crée pas seulement une nouvelle situation entre les belligérants, elle produit aussi des effets à l'égard des tierces Puissances, c'est-à-dire des neutres. Tout Etat « est parfaitement en droit de continuer ses relations amicales envers chacune des deux Puissances belligérantes, c'est-à-dire de rester neutre », tel est le principe

(1) En ce sens Heffter, p. 324.

posé par de Martens. En effet, si un belligérant interdisait à une nation neutre de continuer ses rapports avec l'autre belligérant, il porterait atteinte à l'indépendance, à la souveraineté de celle-ci. « Il y a trois objets principaux à l'égard desquels il s'agit d'examiner les droits et les devoirs des Puissances neutres, soit fondés dans la loi naturelle, soit introduits par le droit positif; les secours aux belligérants, la conduite à tenir par rapport au territoire de la Puissance neutre, le commerce des neutres » (1).

Il est d'abord certain que les neutres doivent *s'abstenir* de toute participation aux actes d'hostilité, de tout acte ou de la prestation de toute chose, qui apparaîtrait comme un *secours* donné à l'un des belligérants, et par suite une atteinte portée à l'indépendance de l'autre. Notre auteur va même jusqu'à décider qu'un Etat doit défendre à ses propres sujets de prendre part personnellement à une guerre qui a lieu entre d'autres Puissances ; solution trop rigoureuse et contraire aux droits de liberté individuelle.

En ce qui concerne son *territoire*, l'Etat neutre manquerait à ses devoirs d'impartialité, admet avec raison de Martens, s'il en permettait l'accès à l'un des belligérants, sauf le cas de nécessité où des combattants y chercheraient asile pour se soustraire aux poursuites de l'ennemi.

Mais c'est relativement au *commerce des neutres* que se posent les plus délicates questions auxquelles, d'ailleurs, notre auteur consacre d'assez complets développements. Les neutres, dans leur commerce, ne manquent à leur devoir d'abstention et d'impartialité qu'en transportant au profit d'un belligérant de la contrebande de guerre. Sans rechercher le criterium à suivre pour déterminer les objets qui constituent de la contrebande de guerre, de Martens se contente d'indiquer ce que les traités, en général, comprennent sous cette dénomination.

Le commerce des marchandises autres que la contre-

(1) De Martens, *op. cit.* II, p. 304.

bande de guerre est donc libre pour les neutres. On sait quelles difficultés a soulevé l'application de cette règle au commerce maritime, des marchandises neutres pouvant se trouver à bord de navires ennemis, ou un navire neutre pouvant transporter des marchandises ennemies. De Martens commence par poser deux principes qu'il estime dictés par la loi naturelle : 1° La guerre n'autorise pas à exercer d'hostilités dans un lieu neutre ; donc un belligérant n'a pas le droit de confisquer les marchandises ennemies rencontrées sur un navire neutre, *a fortiori* de confisquer le navire. D'où la règle que le navire neutre couvre la cargaison ; 2° La guerre n'autorise pas à s'attribuer les biens d'un Etat avec lequel on est en paix, quoiqu'en lieu ennemi. D'où la règle qu'un belligérant n'a pas le droit de confisquer la cargaison neutre d'un navire ennemi.

Ce sont là des idées fort justes que pendant longtemps la pratique des nations n'a pas ou n'a que partiellement adoptées. Nous ne suivrons pas notre auteur dans l'historique des diverses solutions successivement admises par les Puissances. Il retrace cette évolution qui a son point de départ au « Consulat de la mer », et qui, au commencement du XIXe siècle, à l'époque où écrivait de Martens, après le système de la neutralité armée et les mesures arbitraires prises par l'Angleterre et Napoléon Ier, était prête à aboutir aux lois rationnelles que nous avons vues. Mais il se préoccupe surtout de faire connaître les phases par lesquelles est passée, avant d'être reconnue, la règle « le pavillon neutre couvre la marchandise », perdant souvent de vue la seconde question : navire ennemi entraîne-t-il confiscation de sa cargaison neutre ?

Les obligations des Etats neutres doivent avoir une *sanction* que le belligérant lésé a seul l'intérêt et par suite le droit d'assurer. Les belligérants seront forcés de faire la police sur mer pour veiller à ce que les neutres ne transportent pas de contrebande de guerre. De Martens reconnaît donc nécessaire d'accorder aux belligérants le droit de visiter

les navires neutres (1). Il décrit la manière dont doit être opérée la visite.

Le droit de visite n'a sa raison d'être que comme opération préliminaire d'une saisie possible dans le cas où de la contrebande de guerre se trouverait à bord du navire visité. Le belligérant a le « droit de disposer de sa prise, mais non avant qu'elle lui ait été adjugée par une décision de ses propres tribunaux ».

Ce droit de confiscation dont notre auteur ne donne aucune justification, nous paraît constituer une peine légitime infligée au neutre qui a manqué à ses devoirs d'impartialité. Quant aux jugements des prises, qui, d'après l'usage et les traités, sont prononcés par les tribunaux de l'Etat capteur, de Martens observe avec raison combien les lois internationales ou les traités pourront être arbitrairement interprétés par l'Etat capteur qui sera porté, par amour-propre national même, à légitimer trop facilement ses prises. Et il signale les dangers réels de cette compétence, en laissant entrevoir que l'intérêt égoïste des Etats fera souvent échec à la règle de droit. Ne devait-il pas, dès lors, critiquer le principe même de cette compétence ? Ne serait-il pas possible d'établir des tribunaux mixtes composés de membres appartenant à chacun des Etats intéressés ? Ce serait assurément plus juste ; cette idée pouvait donc être opposée à la pratique des nations (2).

Ayant posé le principe de la liberté du commerce des neutres, de Martens devait faire connaître les raisons qui justifiaient une exception dans le cas de blocus. Puis quand y a-t-il blocus, dans quelles conditions doit-il être établi ? Nous trouvons comme réponse seulement cette indication « qu'avant 1780 on a disputé sur la notion de place bloquée,

(1) La visite pourra être aussi une sanction du droit des belligérants de capturer les navires marchands ennemis. Elle consistera alors à vérifier si un navire ennemi ne navigue pas sous un pavillon neutre ; ce sera l'enquête sur le pavillon.

(2) Comp. Heffter, p. 318 et s.

souvent arbitrairement étendue par telle Puissance belligérante. » Et ce n'est qu'incidemment, en citant les articles de la « Déclaration de neutralité armée », que notre auteur mentionne l'effectivité du blocus comme une condition essentielle à la validité de celui-ci.

3° La guerre n'étant qu'un recours à la force dans le but d'obtenir satisfaction d'un Etat, doit cesser dès que cette dernière est donnée ou offerte. Mais chaque nation est juge en la matière ; on prévoit que, au lieu d'écouter la voix de la justice, elle se laissera plus volontiers guider par son intérêt, par son désir de conquête augmentant avec le succès de ses armes.

Le plus souvent les hostilités prendront fin par un traité de paix ; et fréquemment celui-ci sera précédé de conventions préliminaires que notre auteur avec raison classe suivant leurs caractères différents. Il peut y avoir lieu à conventions préliminaires « lorsqu'on n'est d'accord que sur tous les points essentiels, que cependant il reste encore quelques points sur lesquels on espère s'arranger. » Parfois, il ne s'agit pas seulement de poser les points essentiels pour la paix, mais de se prononcer sur une question préalable dont la solution est nécessaire pour entamer les négociations. Dans ce but, des Puissances peuvent même s'assembler en congrès. (Ainsi en fut-il pour les négociations qui ont précédé la paix de Westphalie, celle d'Utrecht). Ces congrès diffèrent profondément des congrès modernes qui ont surtout pour but de régler des questions d'ordre ou d'intérêt général.

La question délicate de la matière, et sur laquelle de Martens s'explique d'une façon assez sommaire, est de déterminer quelles doivent être les stipulations contenues dans le traité de paix. Notre auteur fait la distinction nécessaire des articles *généraux*, qu'on retrouve dans tous les traités de paix, et des articles *particuliers* propres à tel traité, et qui constituent véritablement les conditions moyennant lesquelles ont pris fin les hostilités.

Comme clauses *générales*, nous trouvons mentionnées celles qui sont relatives notamment à la cessation des hostilités, à l'amnistie, à la restitution des prisonniers, au rétablissement du commerce (1). Quant aux traités conclus avant la guerre entre les Etats belligérants, doivent-ils être expressément renouvelés par le traité de paix? L'affirmative est soutenue par notre auteur; car, avait-il admis, « les traités... tombent d'eux-mêmes... dans tous les cas d'une guerre entre les Puissances contractantes, seulement à l'exception des articles arrêtés pour le cas de la rupture. » Il nous paraît plus exact de distinguer les engagements qui avaient établi entre les Etats des rapports permanents et réels, des conventions qui supposent un état de paix ou dont l'exécution future dépend de la bonne foi des parties contractantes. Ces dernières conventions seules seraient détruites en cas de guerre, et devraient donc être renouvelées.

Parmi les clauses *particulières* du traité de paix, de Martens cite avec raison, comme spécialement délicate, celle qui a pour objet de régler les possessions acquises au cours de la guerre. Les Etats pourront prendre comme base de leurs conventions, selon notre auteur, la situation qui existait soit avant la guerre, *statu quo ante bellum*, soit au moment de la paix, *uti possidetis*, ou adopter un système de compensations particulières ou générales. Il faudra donc s'en rapporter aux stipulations des contractants. Mais, en cas de silence de leur part, quelle est la situation qui sera désormais l'état de droit? Faudra-t-il s'en tenir à l'*uti possidetis* ou au *statu quo ante bellum*? Sur ce point nous ne trouvons aucune indication dans de Martens.

Quant à la cession de territoire, c'est à peine s'il la mentionne. Ayant admis que l'existence de l'Etat repose sur le libre consentement des personnes qui le composent, il devait concilier sa théorie avec la nouvelle situation faite aux habitants du territoire cédé qui vont se trouver sou-

(1) De Martens avait précédemment étudié le droit de *postliminie*.

mis à une nouvelle souveraineté, ou plutôt se demander s'il ne fallait pas subordonner l'annexion au consentement des habitants du territoire cédé.

Livre IX. — *De l'extinction des droits acquis.* — La matière de ce livre très bref (il ne contient que quelques paragraphes) qui termine l'ouvrage de de Martens, aurait eu sa place plus méthodique après l'étude des modes d'acquisition des droits positifs (Liv. II), auxquels sont ici opposés les modes d'extinction correspondants. Il est exposé comment s'éteignent les droits acquis par occupation, par traités, ou résultant d'usages.

Quant aux « droits primitifs ou absolus des nations, dit notre auteur, ils ne sauraient se perdre, dans la généralité, sans que la nation cesse d'exister ; mais on peut en sacrifier des parties en faveur d'une autre nation, ou consentir à en limiter l'exercice. »

III

Après notre étude du *Précis du droit des gens modernes de l'Europe*, il est intéressant de dégager et de mettre plus en lumière la *conception générale qu'a eue de Martens du droit international.*

De Martens base la notion de ce droit sur ce fait évident et fondamental qu'il n'y a pas au-dessus des Etats de pouvoir souverain commun et suprême, capable de faire des lois, et de forcer à leur exécution. Dès lors, comment parvenir à déterminer les droits et les obligations des Etats, juger quand ils ont été violés, avoir une sanction pour assurer le triomphe du droit ? Au fond, c'est bien là le problème essentiel après lequel tous les autres ne sont que subsidiaires. Notre auteur reconnaît, en effet, que le droit des gens a pour but d'établir des obligations entre Etats,

et d'assurer leur sanction, tout en respectant la libre volonté, l'indépendance des nations, qui est un droit pour elles et une condition du progrès dans le monde.

I. — Quelle est la loi qui doit régir les Etats ? Nous nous bornons à rappeler que de Martens admet l'existence d'une loi naturelle fondée sur la raison, et du droit positif.

Au sujet de l'autorité respective qu'on doit leur accorder, nous ne reviendrons pas sur la critique que nous avons adressée à notre auteur : cédant à sa tendance positiviste, il ne s'est pas suffisamment dégagé de la pratique des nations pour examiner avec plus de libre critique les institutions, et pour donner aux prescriptions de la loi naturelle, c'est-à-dire des règles rationnelles, l'influence qu'il aurait fallu leur reconnaître.

Le droit positif, selon de Martens, donnant seul naissance, en principe (nous avons repoussé ce principe) à des obligations parfaites, c'est-à-dire susceptibles d'être ramenées à exécution par la force, présentera une importance dominante pour régler les rapports internationaux. Mais il n'a qu'une valeur relative, puisqu'il s'applique seulement aux Etats qui l'ont librement adopté, et à des matières spécialement déterminées. Sera-t-il possible de remédier à ces imperfections ? La loi positive internationale pourra-t-elle devenir universelle ou tout au moins commune à toutes les nations civilisées ? Elle serait ainsi plus conforme aux intérêts de la société des nations (1). Ce serait un grand progrès dans le droit des gens. De Martens, nous avons eu occasion de le signaler, s'est posé la question. Il convient ici d'examiner d'une façon plus complète sa doctrine.

De Martens considère comme une utopie toute tentative de faire par voie de conventions générales un « code de droit des gens positif de l'Europe ; voilà, dit-il, ce qui me paraît dénué de toute vraisemblance et tomber dans la ca-

(1) Il est toutefois des intérêts spéciaux à certains Etats qui ne peuvent être réglés que par des dispositions particulières.

tégorie du projet de paix perpétuelle,.. et qui, tant que les hommes resteront hommes, ne sera qu'une chimère » (1). Et notre auteur fait, à ce sujet, une critique assez fine et non sans ironie du projet d'une « déclaration du droit des gens » présenté à la Convention par le député Grégoire.

Sans doute, la déclaration du député Grégoire était plutôt l'œuvre d'un philosophe, et elle était inutile, quand elle proclamait des principes évidents comme ceux de l'indépendance des Etats, de leur égalité théorique, et inapplicable, quand elle posait des règles contredites par la pratique d'au moins quelques Etats. Sans doute également, il est chimérique d'espérer que les Etats parviennent d'un coup à rédiger le code de leurs droits. Mais de Martens reconnaît (2) qu'à l'aide de la coutume et de conventions particulières semblables, les règles du droit des gens positif pourront parvenir à une certaine généralisation. Il reconnaît que les traités à nombre indéfini de contractants, y contribueront notamment. Ceux-ci ont, en effet, pour objet de consacrer des règles qui, en raison de leur nature, de leur caractère impersonnel, de leur portée générale, sont susceptibles d'être observées par la plupart des nations civilisées. Dès lors, ne sera-til pas permis de considérer la règle ainsi adoptée par la grande majorité des Etats, comme un précepte général de droit positif? Et si les Etats, s'entendent sur un certain nombre de questions essentielles, l'ensemble des règles reconnues pourra arriver, avec les progrès du droit, à constituer au moins une partie de code du droit des gens. La condamnation par notre auteur d'un code du droit des gens nous paraît trop absolue, et devait, nous semble-t-il, comporter des atténuations ou des réserves dans le sens que nous venons d'indiquer.

Une réglementation générale et commune est facilement admise par les Etats, lorsqu'il s'agit non plus de déterminer

(1) I, p. 12.
(2) I, p. 49.

et de concilier leurs droits individuels et souverains en conflit, mais de protéger et de gérer leurs intérêts communs ou parallèles. Car, de même que, dans une nation, l'Etat a la double fonction de définir et de sauvegarder les droits individuels de ses membres, puis de gérer leurs intérêts communs, c'est-à-dire les services publics, de même, dans la société des Etats, il ne suffit plus de régler leurs intérêts particuliers, il y a lieu également de gérer leurs intérêts communs, c'est-à-dire les services internationaux, par exemple, les services des postes, des télégraphes, des chemins de fer, etc... Qu'il nous suffise de rappeler que ces matières sont réglées par des conventions générales portant le nom d'unions. Nous ne saurions évidemment reprocher à de Martens de n'avoir pas entrevu le développement de cette partie du droit international, que nous pouvons appeler le droit administratif international ; car ce sont les inventions du XIXe siècle qui ont donné lieu à ce progrès. Mais nous voulions indiquer que les événements ont démontré le trop peu de confiance qu'avait notre auteur dans la généralisation future des règles du droit international.

II. — Il arrivera fatalement qu'un Etat prétende qu'un autre a manqué envers lui à l'une de ses obligations. L'indépendance des Etats, dit de Martens, s'oppose à ce qu'il y ait au-dessus d'eux un pouvoir judiciaire suprême devant lequel le litige doive être porté. Les Etats intéressés seront donc seuls juges du point de savoir si leur droit a été lésé. Or, l'histoire nous prouve que l'intérêt personnel des Etats ne nuit que trop souvent à l'impartialité de leur jugement. Un tiers sera seul capable, la plupart du temps, de donner une solution désintéressée, offrant les garanties de justice. Mais il ne pourra avoir autorité pour trancher le conflit que si, de leur libre consentement, les Etats lui en donnent la mission, le font arbitre. L'arbitrage est de nature à introduire plus de justice dans le jugement des litiges internationaux. C'est donc une institution fort désirable, sur laquelle cependant de Martens est très bref. Il constate bien

que, jusqu'à son époque, il y a d'assez nombreux cas d'arbitrage, mais il estime qu'il existe dans l'arbitrage « des inconvénients qui semblent être presque inséparables de ce moyen ordinairement insuffisant, surtout par le défaut d'un pouvoir exécutif ». C'est là un jugement qui nous paraît trop sévère. S'il est vrai qu'aucun pouvoir supérieur aux Etats ne peut leur imposer l'exécution de la sentence arbitrale, il est excessif de prétendre que cette sentence soit dépourvue de sanction, car une sanction morale très forte et généralement efficace résulte de l'engagement solennement pris d'accepter et d'exécuter la décision. Qu'on ne puisse guère recourir à l'arbitrage pour tous les conflits entre Etats, notamment sur les questions touchant à leur puissance ou à leur honneur, nous l'admettons. Mais nous critiquons de Martens de laisser supposer que cette institution est presque à négliger. Nous la croyons, au contraire, appelée à progresser avec la conscience de plus en plus nette qu'auront les Etats de leurs obligations internationales. Et il est superflu de rappeler la preuve que la dernière conférence de La Haye a fournie de cette évolution.

III. — Que l'Etat qui se trouve en conflit avec un autre, ait jugé lui-même le litige, ou qu'il l'ait fait juger par un tiers arbitre, c'est lui-même, en principe, qui devra employer les moyens pour ramener à exécution ce qu'il a jugé à tort ou à raison être son droit, ou ce que l'arbitre a estimé tel. De Martens a étudié, nous l'avons vu, la plupart des moyens coercitifs qui sont à la disposition d'un Etat, principalement la guerre. Il a exactement assigné à celle-ci son rôle juridique qui est d'être la sanction du droit violé, d'obtenir la satisfaction due. Mais nous aurions voulu voir notre auteur montrer combien cette sanction était imparfaite et insuffisante. Le peuple qui a pour lui le bon droit ne disposera-t-il pas souvent que de forces inférieures à celles de l'Etat qui, précisément peut-être parce qu'il est le plus fort, émet d'injustes prétentions? Vaincu il pourra seulement en appeler à la justice et proclamer

qu'il est « de glorieuses défaites et des victoires déshonorantes (1) ». D'autres fois, un peuple faible ne tentera pas une guerre dont l'issue lui serait certainement fatale, préférant subir la violation de quelqu'un de ses droits. L'inégalité de fait des Etats rendra toujours la guerre une sanction imparfaite. Plus exactement, la guerre sera une sanction imparfaite, tant que l'Etat qui a pour lui le bon droit ne jouira pas de la plus grande force pour le ramener à exécution ; or, évidemment, cela ne pourra se présenter que par une coïncidence fortuite.

N'y a-t-il pas, pour assurer l'exécution des obligations internationales, d'autres sanctions que les voies coercitives, et notamment la guerre ? De Martens laisse plutôt supposer l'affirmative, mais il ne s'explique pas sur ce point avec précision.

Il est, en effet, d'autres sanctions que la guerre : elles sont plus lointaines, ou morales, ou indirectes, toutes généralement préventives.

Nous ne reprocherons guère à notre auteur d'avoir passé sous silence cette loi de l'histoire d'après laquelle « les torts des nations portent en eux leur châtiment (2) », loi dite de réaction ou de justice immanente, qui ne constitue qu'une sanction trop lointaine pour impressionner un Etat et le détourner d'une entreprise qui lui paraît immédiatement avantageuse. Mais l'opinion publique, en droit international, est une importante sanction des obligations. La condamnation qu'elle prononce de tel acte accompli par un Etat, est revêtue d'une véritable autorité morale, car l'opinion publique est impersonnelle et ne se laisse pas guider par des motifs intéressés. De Martens néglige ce rôle qu'elle est appelée à remplir, et qu'elle remplira toujours davantage, car elle devient plus puissante et plus sensible avec la plus grande circulation des idées, que favorisent les progrès de la civilisation.

(1) Pillet, *Les lois actuelles de la guerre*, 1901.

(2) Geffcken, sur Heffter, p. 6, n. 5.

L'opinion publique, à son tour, particulièrement celle des juristes, sera d'autant plus éclairée, et meilleur juge, qu'elle aura une intelligence plus grande des règles de droit international, et une conscience plus nette des principes et des idées de justice sur lesquels il est basé. Le *Précis du droit des gens* de de Martens, présentant un exposé doctrinal assez complet, a facilité la diffusion de ces idées et a certainement contribué à la formation de cette conscience de l'opinion publique.

Les obligations internationales trouvent enfin une garantie de leur exécution, c'est-à-dire une sanction, dans l'intérêt même des Etats.

Un Etat peut avoir lui-même intérêt à ne pas violer ses obligations ; c'est ce que paraît implicitement indiquer notre auteur en montrant la liaison ou la solidarité de plus en plus étroite des peuples, et les conséquences préjudiciables que peut entraîner pour un Etat le manquement à ses obligations.

Ou ce sont des Etats tiers qui ont intérêt à ce qu'une nation ne manque pas à ses obligations envers une autre, notamment qu'elle ne s'agrandisse pas au détriment de cette dernière ; ces Etats tiers pourraient se trouver menacés dans leur indépendance par cet agrandissement d'un autre Etat. C'est le système de l'équilibre. Il va avoir pour résultat d'assurer la conservation des petits Etats dont le territoire pourrait être l'objet de convoitises de la part de puissants voisins, de forcer les grandes Puissances à ne pas violer leurs obligations au moins les plus essentielles envers les petits Etats. C'est bien là encore une sanction des règles du droit international. Cette dernière fonction du système de l'équilibre n'a pas été mentionnée par de Martens qui le considère surtout comme un moyen de défense des Etats contre les ambitions de conquête d'Etats, leurs rivaux.

Telle est la notion que s'est faite notre auteur des idées fondamentales et de la valeur du droit des gens.

IV

Il suffit de résumer les observations que nous avons présentées dans ce travail pour porter un jugement sur l'œuvre de de Martens,

Elle ne nous paraît pas, nous l'avons dit, devoir échapper à certaines critiques : nous avons signalé cette fausse tendance positiviste qui porte de Martens à ratifier souvent les décisions du droit positif, au lieu d'aller jusqu'à la raison d'être et au but des institutions du droit des gens. Certaines solutions, certaines règles données sont inacceptables. Nous avons constaté aussi des contradictions et des lacunes. Mais l'œuvre a d'incontestables mérites : celui, d'abord, d'avoir mieux précisé les limites de notre science, d'en avoir indiqué avec netteté les principes dominants, les idées essentielles qui mettent plus de clarté et permettent de se guider plus sûrement à travers les espèces multiples que les faits présenteront.

A de Martens la science du droit des gens est redevable du progrès qu'elle a réalisé par l'étude de l'histoire : l'évolution des idées, la succession des événements politiques, la transformation de l'état social de l'Europe contribuent à définir le caractère et la portée de nombre d'institutions de droit international. L'Ecole moderne est largement entrée dans cette voie qui venait de lui être indiquée.

Il faut rendre aussi à de Martens cette justice qu'il a une connaissance complète du droit des gens, une vaste érudition dont il abuse même parfois, se bornant, sur une question donnée, à renvoyer aux auteurs qui l'ont traitée, plutôt que de la discuter et de lui donner une solution basée sur des raisons qui lui paraîtraient justes.

Le style est sobre, concis, substantiel : il ne tend qu'à l'expression nette de la pensée.

« C'est à de Martens, disent de Holtzendorff et Rivier (1), que revient l'honneur d'avoir le premier essayé de donner une exposition systématique du droit des gens, ordonnée non d'après une conception arbitraire, mais d'une façon consciente et raisonnée. » En effet, si de Martens n'est pas un penseur de génie, il a de précieuses qualités de méthode, de recherche, de précision scientifique. Il a trouvé des matériaux, mais surtout il a mieux disposé ceux qu'il avait sous la main pour construire un édifice où les détails sont assez heureusement encadrés par de grandes et belles lignes. C'est ce qui justifie le succès qu'a eu, dès sa publication, le *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*.

Si cette œuvre a eu alors son utilité, elle conserve aujourd'hui encore une grande part de sa valeur doctrinale, et, sous les réserves que nous avons indiquées, sa lecture ne pourra que donner à l'esprit l'impression profitable d'idées fortes dont les unes sont soumises aux contingences d'une époque et doivent évoluer avec l'état social, mais dont les principales demeurent parce qu'elles sont toujours justes et vraies, étant la base nécessaire du droit international.

Henri Bailby.

Chargé de Cours à l'Ecole de droit d'Alger.

(1) Introduction au *droit des gens*, p. 425.

TABLE DES MATIÈRES

—

INTRODUCTION V

François de Vitoria, par M. BARTHÉLEMY 1

Notions biographiques. — L'homme. — L'époque. — Le milieu. — La méthode. — Le style. — L'esprit général de l'œuvre 1

Conception d'un droit international régissant la société des Etats. — La communauté internationale. — Le commerce international. — L'interdépendance des Etats comme point de départ de toute la théorie 7

Modes d'acquisition des territoires. — Prescription acquisitive. — Occupation. — Cession. — Plébiscite d'annexion. — *Debellatio.* — Condition de validité des traités 13

La guerre. — Les représailles. — Définition et légitimité de la guerre. — Justice de la guerre. — Les belligérants. — Combattants et non combattants. — Immunité des personnes neutres et de leurs biens. — Moyens de nuire. — Indemnité de guerre. — Tributs. — Conclusion 22

Albericus Gentilis, par M. HENRI NÉZARD 37

INTRODUCTION : Sa place dans l'histoire des doctrines du droit international 37

I. SA VIE : Sa naissance. — Ses études à l'Université de Pérouse. — Le juge d'Ascole. — L'avocat de San-Ginesio . . 39

Son exil en Allemagne. — A Londres. — Ses protecteurs. — Son admission à Oxford. — Le lecteur du collège Jean-Baptiste et du Nouveau collège 40

La consultation sur l'affaire Mendoza. — Le professeur royal de droit civil et ses travaux 41
La mort et l'oubli. — Une lecture à succès. — Résurrection. — Un nouveau pèlerinage. — La renaissance *gentilienne* en Italie. — Le conflit Gentilis-Grotius 43
II. Ses œuvres : Liste chronologique 46
a) Le *De jure belli*. 48
Livre I. — Définition de la guerre. — Solutions pacifiques et solutions violentes des conflits. — Causes juridiques. — Causes légitimes (diverses, naturelles, humaines). — Illégitimité des guerres de religion entre chrétiens. — La prescription. — La question de l'Empire romain 49
Livre II. — La conduite de la guerre. — Déclaration. — Moyens de nuire. — Pactes militaires. — Les prisonniers de guerre. — Les non combattants 59
Livre III. — La fin de la guerre. — La paix. — Droit de vengeance du vainqueur. — Indemnités, tributs, cessions de territoire, destructions, esclavage, mutations dans l'état des personnes et dans leur religion. — Condition des traités. — Durée. — Valeur 63
b) Le *De legationibus*. 69
Livre I. — Origine historique des ambassades. — Droit des féciaux. 69
Livre II. — Droit de légation. — Privilèges et immunités des ambassadeurs 70
Livre III. — Qualités intellectuelles et morales d'un bon ambassadeur 73
c) L'*Advocatio hispanica*. 74
Territorialité de la souveraineté. — Droit d'asile. — Inviolabilité du territoire. — Liberté limitée de la mer. — Les lettres de marque. 74
d) Le *De unione regnorum Britanniæ* 76
Caractère juridique de l'Union. — La *Societas*. — Avantages et inconvénients 76
III. Sa théorie et sa méthode. — A) Le domaine du droit international, c'est la société des Etats. — Mais la communauté des Etats ne trouve pas sa constitution laïque dans l'Empire romain, ni sa constitution religieuse dans l'Eglise catholique : elle a sa base dans la *loi naturelle* . . 78

Conséquences de cette doctrine. — Séparation du droit international d'avec le droit civil romain et d'avec le droit canon. — Admission des hérétiques et des infidèles à l'exercice de la souveraineté internationale. — Réglementation *humaine* de la guerre. — Liberté de la mer 80
B) *Sa méthode.* — A la méthode exégétique des civilistes et à la méthode dogmatique des philosophes et des théologiens, il substitue la méthode historique 82
Ses inconvénients. — Pas de systématisation, pas de discussion sur la valeur morale de la coutume. — Erudition lourde. — Répétitions 85
Ses avantages. — Ouvrage pratique. — Un grand coutumier du droit international. — Intérêt historique pour les contemporains 87
IV. Conclusion. — On ne peut ni avec les Italiens attribuer plus de mérite à Gentilis qu'à Grotius, ni avec les Hollandais placer Grotius au-dessus de Gentilis, car ils ont marchés dans des voies différentes : l'un avec l'esprit dogmatique et idéaliste du pays d'Outre-Rhin, l'autre avec l'esprit historique et positif de l'école anglaise à laquelle il appartient 88

Suarez, par M. L. Rolland 95

Sa vie, sa méthode, ses ouvrages 95
I. Théorie de la société des Etats. — Ce que c'est que le droit des gens. — Comment il est basé sur l'existence d'une société entre Etats. — En quoi il diffère du droit naturel ou lui ressemble 99
II. Théorie du droit de la guerre. — La guerre est considérée comme un moyen d'appliquer le droit. — Il faut y observer à la fois la justice et la charité 105
La guerre offensive. — Conditions pour qu'elle soit légitime. — Pouvoir du prince. — Juste cause. — Conduite des hostilités conforme à la justice et à la charité 107
III. Valeur de l'œuvre internationale de Suarez. — Le lien entre les deux théories et l'influence chrétienne. — Les lacunes ou les critiques. — Absence de tribunal international. — Base peu solide de la théorie de la guerre. — Résumé et conclusion 118

Hugo Grotius, par M. Basdevant 125

I. La vie et les œuvres de Grotius 127
Ses premières œuvres 128
Composition du *De jure prædæ* 131
Publication du *Mare liberum* 133
L'affaire de la pêche sur les côtes du Groënland 137
La responsabilité de l'Etat pour les faits des corsaires . . . 139
La lutte entre Arminiens et Gomaristes. — Grotius condamné à la prison perpétuelle 140
Evasion de Grotius. — Il se réfugie en France 141
Composition du *De jure belli* 141
Grotius ambassadeur de Suède à Paris 145
Difficultés qu'on fait à lui reconnaître ce titre. 145
Conflits de préséance auxquels il est mêlé 148
Fin de son ambassade 151
Mort de Grotius 152
II. Analyse du *De jure prædæ*. 155
Position de la question. 156
Plan du *De jure prædæ* 157
Les règles sur les sources du droit et sur l'autorité juridictionnelle 157
Les lois primordiales qui s'imposent à l'activité humaine . . 159
Caractère licite de la guerre et de la prise en général . . . 161
Des éléments de la guerre juste. 161
a) Du sujet de la guerre 162
b) De la cause de la guerre 163
c) De la manière d'entreprendre et de conduire les hostilités. 165
d) Du but de la guerre 168
Qui acquiert la prise ? 168
Exposé de l'espèce qui fait l'objet du *De jure prædæ*. . . . 170
Justification de la prise effectuée par Hemskerk dans l'hypothèse d'une guerre privée. — Réfutation des prétentions exclusives des Portugais sur le commerce et la navigation aux Indes Orientales (analyse du *Mare liberum*). 170
Justification de cette prise dans l'hypothèse d'une guerre publique 176
Il est honorable et utile de profiter de la prise 179
du *De jure belli ac pacis* 180

Prolégomènes. — Reconnaissance d'un droit international. — But et méthode de l'ouvrage 180
Définition de la guerre 182
Le droit et ses sources 183
La guerre n'est pas illicite en soi 183
La guerre privée 185
La guerre publique et la théorie de la souveraineté . . . 185
La guerre mixte et la résistance à l'oppression 187
Qui prend part à la guerre 190
Causes justes de guerre 190
1° Nous prémunir contre une injure qui nous menace dans notre personne ou nos biens 191
2° Obtenir réparation des lésions déjà subies. — Des droits communs à tous les hommes 191
De l'acquisition des droits particuliers : *a*) Acquisition des *res nullius* ou *de relictæ* 193
b) Acquisition à titre originaire d'un droit sur les personnes. — Génération, consentement, délit. 194
c) Modes d'acquisition à titre dérivé 194
d) Sources d'obligations tirées du droit naturel. — Promesses, contrats, traités, dommage causé à autrui . . . 196
e) Sources d'obligations tirées du droit des gens arbitraires. — Le droit des ambassades 199
3° Punir ceux qui ont délinqué envers nous 200
Causes injustes de guerre 201
On doit préférer la paix à la guerre 202
On peut faire la guerre dans l'intérêt d'autrui. 203
Règles de droit naturel sur la conduite de la guerre — Détermination de la qualité d'ennemi. — Emploi des ruses de guerre. 204
Règles du droit des gens volontaires . . . . . .
a) Contre qui peuvent être dirigées les hostilités 205
b) Ce que c'est que la guerre légitime d'après le droit des gens. — Déclaration de guerre 205
c) Etendue du droit de tuer 206
d) Prohibition de certains moyens de nuire 207
e) Destruction et acquisition des choses de l'ennemi . . . 207
f) Droit de postliminie 209
Des tempéraments qu'il convient d'observer dans la guerre . 210

Des neutres. 212
De l'action du particulier dans la guerre publique 213
Conventions entre belligérants 213
Conclusion du *De jure belli*. — Vœu en faveur de la paix . . 216
IV. Méthode de Grotius. 218
Les procédés scolastiques 218
Citations et références 219
Méthode *a priori* et méthode *a posteriori* 221
Méthode de composition de Grotius. — Ses disgressions . . 223
But de Grotius en composant le *De jure belli* 224
Le point de vue de l'individu dans l'œuvre de Grotius . . . 227
Influence du *De jure prædæ* dans le *De jure belli* 228
V. Théorie générale du droit de Grotius 230
Le droit fondé sur une volonté d'après le *De jure prædæ* . . 230
Le droit naturel d'après le *De jure belli*. — Sa valeur propre. — Sa fixité 232
Le droit volontaire. — Ses divisions 234
Rapports du droit naturel et du droit volontaire 236
VI. Théorie générale de l'Etat de Grotius 240
La théorie du contrat social 240
Application de cette théorie quant aux droits de l'Etat. . . 241
Transformation de l'Etat 243
Droit de l'Etat sur son territoire 244
Grotius applique à l'Etat le droit naturel conçu en considération de l'individu 246
Conséquences de cette conception en droit international privé 247
L'Etat et la souveraineté. — Sujet commun et sujet propre . 249
Le droit de résistance 251
L'idée religieuse dans la théorie de l'Etat 253
VII. La guerre et la paix d'après Grotius. 255
Grotius considéré comme pacifiste 256
La notion de la guerre d'après Grotius 259
Caractères généraux des règles qui s'imposent aux belligérants 260
Ce que le droit des gens volontaire permet et les tempéraments qu'il convient d'observer 261
VIII. Conclusion 264

Zouch (1590-1660), par M. Georges Scelle 269

Bibliographie, Renom 267
I. Sa vie. — Ses ouvrages. — Son caractère 270
II. L'œuvre de Zouch en droit international. — Le *jus feciale*. — Méthode. — Considérations générales 274

Première Partie : *Le jus.*

Définition du droit international. — *Jus inter gentes et jus gentium.* — *Jus feciale.* — Sources du droit international. — La paix. — *Status* en temps de paix (Sect. 2). — *Jus commercii.* — *Dominium* en temps de paix (Sect. 3). — *Debitum* en temps de paix (Sect. 4). — *Jus colloquii et jus legationis.* — Contrats. — Alliances. — *Delictum* en temps de paix (Sect. 5) 278
La guerre (Sect. 6). — Définition. — *Inimici, adversarii, hostes.* — *Status* en temps de guerre (Sect. 7). — *Dominium* (Sect. 8). — Le *post liminium.* — *Debitum* (Sect. 9). — *Congressus* et traités militaires. — Traités de paix. — *Delictum* en temps de guerre (Sect. 10) 286

Deuxième Partie : *Le judicium.*

A) *Judicium* en temps de paix. — Considérations générales (Sect. 1). — *Status* en temps de paix (Sect. 2). — Les exemples contemporains. — Marie Stuart. — Les colonies. — La nationalité. — *Dominium* (Sect. 3). — La mer. — La Révolution de la couronne. — *Debitum* (Sect. 4). — Rapports diplomatiques, immunité des ambassadeurs. — Traités, leur valeur, leur durée. — *Delictum* (Sect. 5). — Extradiction. — *Unfriendly Act* 293
B) *Judicium* en temps de guerre : Questions générales et cas particuliers (Sect. 6). — *Status* (Sect. 7). — *Justes hostes*, belligérance, etc... — *Dominium* (Sect. 8. — *De acquisitione particulari-universali.* — Prises maritimes et contrebande de guerre. — Neutralité. — *Debitum* (Sect. 9). — Conduite de la guerre. — Otages. — *Delictum* (Sect. 10). — La déclaration de guerre 304

III. Autres ouvrages de Zouch en droit international. — Détails, dans certaines *communiones speciales* 314
Le cas de Don Pantaléon Sa 315
La *Solutio Quæstionis*. — Analyse. — Opinion de Grotius. — Raisons et auteurs en faveur de l'immunité. — A l'encontre (ch. II à VIII). — Discussion de Zouch (ch. VIII à XII). La suite de l'ambassadeur (ch. XIII). 317
IV. Appréciation de l'œuvre de Zouch en droit international. Absence d'originalité. — Ses devanciers. — Zouch premier vulgarisateur de notre science. — Ordonnance et style du manuel. — Comment il est complet. — Faiblesse théorique. — Influence de l'époque. — Mérites incontestables. — Rajeunissement du droit des gens 321
Influence de Zouch, sa place dans l'école positive. — L'école anglaise. — John Selden (note). — L'association de Zouch et de Grotius. — Le *jus feciale* fixe et précise l'aboutissement du droit international en 1650 325

Pufendorf, par M. Avril. 331

Biographie de Pufendorf. — Ses œuvres 331

Première Partie

Idées de Pufendorf sur le droit de la nature et le droit des gens. 338
I. Les préliminaires de la science 338
1. Distinction des êtres physiques et des êtres moraux. — Les personnes morales. — Division des personnes morales. — Destruction des êtres moraux. 338
2. Quelques définitions juridiques. — La loi divine et la loi humaine. — La loi naturelle et la loi positive. — L'obligation. 340
3. L'Etat de nature 343
4. La loi naturelle 348
II. Application des principes à certaines matières du droit des gens 358

Deuxième Partie

Appréciation critique de l'œuvre de Pufendorf. 375

Bynkershoek, par M. Joseph Delpech. 385

Sommaire. — La vie et les œuvres de Bynkershoek 385

L'originalité de ses théories et de sa méthode. — Rigueur logique de ces théories. — Base exclusivement positive de cette méthode : Rejet des simples analogies du droit romain ; autorité assignée à la raison et à la coutume. — Relation de ces tendances avec les principes de la littérature moderne 385

Le *De dominio maris* (1702). — Idées doctrinales triomphantes ou reçues lors de sa publication. — Anciennes prétentions des gouvernements du Moyen Age à l'empire des mers. — Discussion des auteurs antérieurs à Grotius et à Selden. — Distinctions formulées dans le *Mare liberum* de Grotius. — Confusions maintenues à dessein par Selden dans le *Mare clausum*. — Originalité relative, mais suffisante, de l'œuvre de Bynkershoek ; démonstration renouvelée de la liberté de la pleine mer ; définition perfectionnée de la notion de mer territoriale 392

Le *De foro legatorum* (1721). — Fiction d'exterritorialité chez les glossateurs du droit romain et les écrivains du droit canonique. — Caractère et état de la littérature sur le droit des ambassades au début du XVIIIe siècle. — Fondement nouveau assigné par Bynkershoek au privilège des ministres publics. — Etude des effets dudit privilège : 1° Quant à la *juridiction criminelle* : examen des cas de juridiction usurpée ; grande portée donnée à l'idée d'inviolabilité des agents diplomatiques ; franchise de l'hôtel présentée comme complément logique et indispensable de l'inviolabilité personnelle ; — 2° Quant à la *juridiction civile* : Incompétence de principe des juridictions du pays de résidence ; cas des diplomates « passant » en un pays ; condition de l'ambassadeur-marchand 401

Développement dans le livre II des *Quæstiones juris publici* de certaines difficultés touchant l'action des ambassadeurs : *Conclusion et ratification des traités* (ch. VI) ; expression moderne et assouplie dans Bynkershoek de la règle aujourd'hui abandonnée du mandat. 420

Le *De rebus bellicis* (1737), premier livre des *Quæstiones juris publici*. — Objet limité de cet ouvrage. — Tendance générale à réduire dans le droit de la guerre la place des idées de limitation, d'humanité et d'honneur. — Originalité de la

méthode dans l'étude presque exclusive des problèmes de neutralité et de commerce maritime. — I. *De statu belli inter hostes* : Interdiction ordinaire des relations commerciales entre les ressortissants des Etats ennemis. — Rigueur de la doctrine exposée quant aux conditions de capture [poursuite des opérations militaires sur le territoire ou dans les eaux neutres] et d'acquisition de la propriété ennemie [translation de la propriété des prises au capteur, droits de postliminie et de rescousse, rejet de la règle des 24 heures]. — II. *De statu belli inter non hostes* : Obligations essentielles et corrélatives des neutres et des belligérants. — Obstacles suscités par la pratique à la liberté du commerce neutre : Contrebande de guerre ; blocus. Bynkershoek peu éloigné des solutions modernes touchant les définitions limitatives des objets de contrebande ou l'illégalité des blocus sur papier, partisan, au contraire, de l'idée et du principe des extensions, touchant les mesures répressives contre les neutres des transports illicites et la possibilité de confiscation des cargaisons même inoffensives. — Condition de la propriété neutre chargée sur navires ennemis et des marchandises ennemies à bord de bâtiments neutres : Système libéral sur le premier point ; sur le deuxième, doctrine plus stricte que la règle d'Utrecht de 1713. — Piraterie. — Droit matériel des prises : Principes de compétence et de juridiction ; communes garanties contre les tribunaux du capteur . . 422

Conclusion : Caractère général de la doctrine et de l'œuvre de Bynkershoek d'être une doctrine de progrès et une œuvre de précurseur.

Wolff, par M. Louis Olive 447

§ I. Vie de Wolff. — Idée générale de son système 447
§ II. Le droit des gens 458
Sources et divisions du droit des gens 458
Devoirs des nations envers elles-mêmes 462
Devoirs des nations entre elles 463
Le domaine des nations 466
Des divers modes de solution des différends entre les nations 469
Le droit de la guerre 471

Le droit de la neutralité 475
Le droit des ambassades 477

Emer de Vattel, par M. A. Mallarmé. 481

Vattel et la *tradition Grotienne*. 481
Sa vie ; caractères qui en découlent 483
Ses œuvres. Les éditions du *droit des gens* 486
Son *Essai sur le fondement du droit naturel*. 492
Critique de sa conception. 496
Le droit des gens. Préface de Vattel. 501
Préliminaires. *Idée et principes généraux du droit des gens* . . 506
Livre I. — *De la Nation considérée en elle même*. 509
Notion de l'Etat souverain. 509
Constitution de la Nation. 512
Principaux objets d'un bon gouvernement : 1° Pourvoir aux besoins de la nation 516
2° Procurer la vraie félicité à la Nation (la religion et la justice). 521
3° Se fortifier contre les attaques du dehors. La protection internationale. 530
De la population et de la nationalité 533
Des biens publics, communs et particuliers. La mer. . . 535
Livre II. — *De la Nation considérée dans ses relations avec les autres* 539
Offices d'humanité ; commerce mutuel ; égalité des nations. 540
Droit de sûreté ; devoir de non-intervention ; protection des nationaux. 543
Effets du domaine entre nations ; droit d'usage innocent . . 547
De la manière de terminer les différends entre nations ; arbitrage. Représailles. 550
Livre III. — *De la guerre* 554
Du droit de faire la guerre et de ce qui sert à faire la guerre. 555
Des justes causes de la guerre 558
De la déclaration de guerre 561
De l'ennemi et des choses appartenant à l'ennemi 562
De la neutralité ; droits et devoirs des neutres. 564
Conduite des hostilités ; moyens licites et armes permises. . 569
Livre IV. — *Du rétablissement de la paix et des ambassades* . . 573

Du droit d'ambassade. Des privilèges et immunités des ambassadeurs 574
Appréciation de l'œuvre de Vattel. Eléments dont il faut tenir compte 579
But qu'il a poursuivi. 580
Sources auxquelles il a puisé 583
Ce qu'il doit à Woff : sa conception du droit des gens ; sa doctrine 584
Divergences de fond qui les séparent : la *civitas gentium maxima* 589
Ce qui est propre à Vattel : son style et son exposition . . 592
Sa tendance historique ; comment elle est restée stérile . . 595
Son esprit libéral et humanitaire ; souveraineté nationale, rapports entre nations, état de guerre 597
Influence du *droit des gens* au XVIIIe siècle et jusqu'à nos jours 601

Georges-Frédéric de Martens, par M. H. Bailby . 603

I. Biographie de de Martens. Ses œuvres 603
II. Etude de son œuvre capitale, le *Précis du droit des gens moderne de l'Europe* . . . . . , ... 605
Introduction 605
I. Méthode de de Martens. 605
II. La loi naturelle et le droit des gens positifs. 606
1° Définition de la loi naturelle et du droit des gens positif . 606
2° Leur valeur juridique 608
3° Influence de la loi naturelle sur le droit positif. 610
III. Le droit des gens positif. Son développement. 612
IV. Plan du *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*. Sa critique 614
Livre I. — *Des Etats de l'Europe en général* 616
I. Les Etats, personnes du droit international 616
II. Histoire de la formation par ces Etats de la communauté internationale 618
Livre II. — *De la manière d'acquérir des droits positifs entre les nations*. 619
I. Acquisition de droits réels. 620
1° Occupation. Deux notions confondues sous ce titre par de Martens 620

a) Territoire, élément constitutifs de l'Etat-Droits de l'Etat sur son territoire. Etendue de ce dernier. 621
b) Acquisition de nouveaux territoires par l'occupation. Ses conditions 622
2° Prescription. 624
II. Acquisition de droits personnels 625
1° Traités. Leurs conditions de validité. Leur objet. Leur durée 625
2° Usages 631
Livre III. — *Des droits réciproques des Etats relativement à leur constitution et à leurs gouvernement intérieur* 632
I. Droits des Etats de choisir leur constitution. De l'intervention. 633
II. Droits des Etats à l'égard des étrangers se trouvant sur leur territoire. Conflits des lois étrangères et de la loi territoriale 636
Livre IV. — *Des droits des nations relatifs aux affaires étrangères* 641
I. Droits de sûreté et d'indépendance 641
II. Droit d'égalité. 643
III. Droit de commerce mutuel. Des consuls. 643
Livre V. — *Des droits relatifs à la personne et à la famille des souverains.* — VI. *Des négociations à l'amiable et diplomatiques.* — VII. *Des ambassades.* 647
I. Modes et formes des négociations 647
II. Des représentants des Etats à l'étranger. 648
1° Souverains et chefs d'Etat. Leurs immunités. 648
2° Agents diplomatiques : *a*) Du droit d'envoyer des agents diplomatiques ; *b*) caractères de ces agents ; *c*) Leurs immunités 650
Livre VIII. — *De la défense et de la poursuite des droits entre les nations par des voies de fait.* 655
I. Moyens de coercition : rétorsion, représailles 655
II. La guerre 658
1° Sa notion. Ses lois 660
2° De la neutralité 663
3° Fin de la guerre. Traités de paix 666
Livre IX. — *De l'extinction des droits acquis.* 668
III. Appréciation générale de l'œuvre de de Martens . . . 669

Imprimerie Bussière. — Saint-Amand (Cher).

University of Toronto
Library

DO NOT
REMOVE
THE
CARD
FROM
THIS
POCKET

Acme Library Card Pocket
Under Pat. "Ref. Index File"
Made by LIBRARY BUREAU